„Treugiroverkehr“

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

Vorgelegt von

Karl-Heinz Gerstner
Gerichtsreferendar
aus Berlin

Dr. Emil Ebering, Berlin NW 7, Mittelstraße 29.

1939 №41

Begutachter: Prof. Dr. Liermann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

D 29

Diese Arbeit erscheint im Verlag von Dr. Emil Ebering, Berlin, als Heft der „Rechtswissenschaftlichen Studien".

Herrn Rechtsanwalt Dr. Georg Opitz, Berlin,
dem Wegbereiter des modernen deutschen Depotrechts,
in Hochachtung gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. *Notwendigkeit einer neuen Rechtsgrundlage für die Erweiterungen des Effektengiroverkehrs* 7

§ 2. *Welche Rechtsgrundlage kommt für die neuen Zweige des Effektengiroverkehrs in Frage?* 9

§ 3. *Stand des heutigen deutschen Treuhandrechts:*

1. Gesetzlosigkeit 14
2. Die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der Treuhand 16
3. Die Fiduzia 16
4. Die dinglichen Beschränkungen der treuhänderischen Rechtsstellung 23
5. Die Ermächtigung 26
6. Die Vollmacht 31

§ 4. *Das Anderkonto* 32

§ 5. *Der Schuldbuchgiroverkehr:*

1. Wirtschaftliche Gründe 40
2. Die Bestimmungen über den Schuldbuchgiroverkehr . . 41
3. Rechtliche Beurteilung des Schuldbuchgiroverkehrs . . . 42

§ 6. *Der Kuxengiroverkehr:*

1. Wirtschaftliche Gründe 60
2. Rechtsnatur des Kuxes 62
3. Der Entwurf neuer Bestimmungen für den Kuxengiroverkehr 65
4. Rechtliche Beurteilung des Kuxengiroverkehrs 66

§ 7. *Der Jungscheingiroverkehr:*

1. Wirtschaftliche Gründe 70
2. Gegenstand des Jungscheingiroverkehrs 71
3. Das Verfahren nach den Bestimmungen über den Jungscheingiroverkehr 73
4. Rechtliche Würdigung dieses Verfahrens 74
5. Der neue Jungscheingiroverkehr auf Treuhandgrundlage . 79

§ 8. *Die Geltung des neuen Depotgesetzes für die treuhänderischen Verwahrungsverhältnisse:*

1. Bedeutung des § 42 des Depotgesetezes vom 4. Februar 1937 81
2. Die Treuhand als bankmäßiges Verwahrungsverhältnis . . 82
3. Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen des Depotgesetzes auf die treuhänderische Verwahrung 86

§ 9. *Die Entwicklungsmöglichkeiten des Treuhandgiroverkehrs* . . 89

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533903_0077

§ 1. Notwendigkeit einer neuen Rechtsgrundlage für die Erweiterungen des Effektengiroverkehrs

1. Entwicklung des Effektengiroverkehrs

Der Treugiroverkehr ist der neueste Zweig des Effektengiroverkehrs. Er ist ein Stadium in dem ständigen Erweiterungsprozeß, den der Effektengiroverkehr seit Kriegsende durchmacht und der noch längst nicht abgeschlossen ist.

Der erste Effektengiroverkehr, den die Bank des Berliner Kassenvereins 1871 für die Banken Berlins einrichete, bezog sich nur auf die eigenen Bestände der Banken. Nach dem Krieg führten die Rationalisierungsbestrebungen im Bankgewerbe zu folgenden Erweiterungen des Effektengiroverkehrs[1]):

1. Das Effektengirodepot wird in rechtlicher und technischer Beziehung derart verbessert, daß es eine restlose Stückelosigkeit des Effektenverkehrs ermöglicht, daß insbesondere auch ein Stücketransport zum Dividendenbezug, zur Anmeldung zur Generalversammlung und zur Verpfändung wegfällt.

2. Auch die bisher im Sonderdepot der Kundschaft ruhenden Effekten werden mit deren Einwilligung zur Sammelverwahrung genommen: sog. „erweiterter Effektengiroverkehr"[2]).

3. An anderen Börsenplätzen Deutschlands werden ebenfalls Effektengirodepots gegründet, die die Wertpapiere ihres Bezirks aufsaugen sollen und untereinander einen Ferngiroverkehr unterhalten, um die gefährliche und kostspielige Uebersendung der Stücke zu ersparen.

4. Der Effektengiroverkehr wird auf effektenähnliche Werte, wie Schuldbuchforderungen, Kuxe, bezogene aber noch nicht erschienene Aktien usw. ausgedehnt: das ist der sog. Treugiroverkehr, der den Gegenstand dieser Arbeit bildet.

---

1. Die gewaltigen technischen Vorteile, die der stückelose Effektenverkehr der Bankwelt bietet, behandelt die Arbeit von B. Lemaitre: „Der Effektenlieferungsverkehr und das Effektengirodepot".

2. Vgl. die beiden Gutachten Schultz-Opitz zum Sammeldepot, sowie Opitz, BankArch. XXV Nr. 6.

2. Rechtsgrundlage des Effektengiroverkehrs

Vor dieser letzten Erweiterung des Effektengiroverkehrs war das Sammeldepot (Vermengungsdepot, Kumulativdepot) seine ausschließliche Rechtsgrundlage. Das Sammeldepot ist ein Fall der regelmäßigen Verwahrung, es unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Sonderdepot nur dadurch, daß der Hinterleger, statt Eigentümer des einzelnen eingelegten Stückes zu bleiben, mit anderen Hinterlegern gleichartiger Stücke zusammen quotenmäßiger Miteigentümer der in der Sammelverwahrung liegenden Effekten wird.

Das Sammeldepot ist eine Schöpfung der Praxis und hat sich seit Jahren gut bewährt. Die rechtliche Erklärung des Sammeldepots ist wie jedes Rechtsgebilde, das auf einer Gemeinschaft aufbaut, etwas kompliziert. Das Sammeldepot ist deshalb auch gelegentlich mißverstanden worden. Sämtliche Zweifel und Angriffe gegen das Sammeldepot sind aber obsolet geworden, seit das „Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren" vom 4. Februar 1937, das Sammeldepot in seiner bisherigen Gestalt feierlich sanktioniert hat[3]).

3. Unbrauchbarkeit des Sammeldepots für die neuen Gegenstände des Effektengiroverkehrs

Als in den letzten Jahren das Bedürfnis aufkam, die Einrichtungen des Effektengiroverkehrs auch für Werte zu verwenden, die an der Börse gehandelt wurden, für die aber Wertpapiere entweder überhaupt nicht (Schuldbuchforderungen, bezogene aber noch nicht erschienene Aktien) oder nur unvollkommene Wertpapiere (Kuxe) vorhanden waren, reichte das Sammeldepot nicht mehr aus.

Ein Sammeldepot von Kuxen ist nicht möglich, da Kuxe — wenn sie überhaupt Wertpapiere sind — Namenspapiere sind, die durch Indossament übertragen werden. Eine Eigentumsgemeinschaft nach Bruchteilen ist aber nur möglich bei beweglichen Sachen oder Wertpapieren, die wie bewegliche Sachen behandelt werden (Inhaberpapiere).

---

3. §§ 5 bis 9, 24, 32, 33, 34 bis 40.

An unverbrieften Forderungen, wie z. B. Schuldbuchforderungen oder Forderungen auf Lieferung junger Aktien, ist eine Miteigentumsgemeinschaft schon gar nicht möglich.

§ 2. Welche Rechtsgrundlage kommt für die neuen Zweige des Effektengiroverkehrs in Frage?

1. Die unregelmäßige Verwahrung. § 700 BGB

Die unregelmäßige Verwahrung ist die Grundlage des Geldgiroverkehrs. Hier gibt der Girokunde sein Eigentum an dem Geld auf und erhält nur eine Forderung gegen die Bank auf Zahlung. Im Giroverkehrswege werden dann, genau genommen, diese „Forderungen auf Zahlung" übertragen und nicht Geld.

Dieser Weg hätte theoretisch auch beim Effektengiroverkehr eingeschlagen werden können. Die Girokunden hätten sich ihre Effekten auf Stückekonto gutschreiben lassen müssen und es wären dann obligatorische Forderungen auf Lieferung von Effekten im Giroweg hin und her übertragen worden und nicht Anteile einer Bruchteilgemeinschaft wie beim Effektengirodepot. Dieser Stückekonto-Giroverkehr ist deshalb nicht eingerichtet worden, weil er durch die Uebertragung des Vollrechts (Eigentum) auf die Girobank und die dem Girokreis angeschlossenen Banken viel zu viel Gefahren für die Kundschaft enthält.

Vom rein rechtlichen Standpunkt wäre der Giroverkehr auf der Grundlage der unregelmäßigen Verwahrung auch für die neuen Gegenstände des Giroverkehrs möglich gewesen[4]). Aus Gründen des Kundenschutzes muß er aber ebenso wie der Stückekonto-Giroverkehr abgelehnt werden[5]).

---

4. § 700 schließt die unregelmäßige Verwahrung von vertretbaren Forderungen nicht aus. „Sache" ist hier nicht technisch zu verstehen, sondern ebenso wie z. B. bei § 119 Abs. II BGB als „Gegenstand", unter den auch Rechte fallen. Das wirtschaftliche Interesse ist bei vertretbaren Sachen und vertretbaren Rechten gleich.

5. Vgl. das Rechtsgutachten Schultz-Opitz: „Sammeldepot beim Kassenverein", Sonderbeilage des BankArch. Nr. 16, 15. Mai 1925.

2. *Funktionelle Betrachtung des Giroverkehrs*

Um auch die neuen Werte des Effektenmarktes dem Giroverkehr zugänglich zu machen, mußte eine ganz neue Rechtsgrundlage gefunden werden. Hierzu ist zunächst der wirtschaftliche Vorgang des Giroverkehrs zu analysieren und zu untersuchen, welche Erfordernisse diese Vorgänge an die rechtlichen Beziehungen zwischen Girokunden und Girobank zu den Giroeinlagen stellen. Insbesondere, wie es möglich ist, daß diese Rechtsbeziehungen bei dem bisherigen Giroverkehr so unterschiedlich ausgestaltet werden konnten: Eigentum des Kunden beim Effektengiroverkehr, Eigentum der Bank beim Geldgiroverkehr.

Bei dieser Untersuchung war zunächst festzustellen, daß der Giroverkehr in erster Linie zu seiner Funktion verlangt, daß die an ihm beteiligten Personen, einen Kreis um eine gemeinsame Stelle (Girobank) schließen, bei der sie die wirtschaftlichen Werte, in denen ein Giroverkehr stattfinden soll, zusammenlegen[7]).

Dieses möchte ich das gemeinsame, kollektive Moment des Giroverkehrs nennen, oder im Weiterverfolg der (Giro-)Kreisbegriffe, die zentripetalen, d. h. die zum Mittelpunkt strebenden Kräfte des Giroverkehrs. Diese Kräfte finden ihren Ausdruck in der mehr oder minder starken Rechtsstellung der Girobank zu den Giroeinlagen der Kundsclaft.

Demgegenüber kann man beim Giroverkehr auch ein individualistisches Moment unterscheiden oder in Weiterführung des Kreisvergleichs, zentrifugale, d. h. der Kreisperipherie zustrebende Kräfte. Dieses sind die Interessen der einzelnen Girokunden auf Sicherung ihrer Rechte, die naturgemäß dem gemeinsamen Moment des Giroverkehrs entgegengesetzt sind. Diese Kräfte finden ihren rechtlichen Ausdruck in der Rechtsstellung des Girokunden zu seinen Einlagen bei der Girobank.

---

6. Vgl. O. Schoele: „Recht der Überweisung", 1937, S. 5.

7. Es wird gewissermaßen ein Hauptnenner geschaffen, auf dessen Grundlage die Zähler beliebig verändert und ausgetauscht werden können, ohne daß der Hauptnenner selbst sich verändert.

Aus dieser Darstellung erhellt, daß zum Funktionieren des Giroverkehrs eine Verteilung der an den Giroeinlagen bestehenden Rechte zwischen Kunde und Bank vorgenommen werden muß. Dies ist die erste Erkenntnis für jede Rechtsgrundlage eines Giroverkehrs.

Es fragt sich jetzt weiter, nach welchen Gesichtspunkten diese Verteilung vorzunehmen ist. Insbesondere, wie es möglich ist, daß diese Rechtsverteilung bei dem bisherigen Giroverkehr so unterschiedlich ausgestaltet werden konnte. (Eigentum des Kunden beim Effektengiroverkehr, Eigentum der Bank beim Geldgiroverkehr). Diese Erscheinung erklärt sich aus den bereits besprochenen zwischen den beiden „Polen" Kunde und Bank wirkenden interessenbedingten und entgegengesetzten Kräften (zentripetale und zentrifugale Kräfte).

Der Maßstab der Rechtsverteilung ist also eine Interessenabwägung. Das Interesse eines reinen Giroverkehrs ist das der Rationalisierung und der Sicherung gegen Verlust und Vernichtung des Gegenstandes des Giroverkehrs. Dieser Zweck des Giroverkehrs verlangt von dem Girokunden keine völlige Aufgabe seiner Rechtsstellung. Der Bank brauchen nur soviel Rechte eingeräumt zu werden, als zum Funktionieren des Giroverkehrs unbedingt nötig ist. Auch für den Geldgiroverkehr gelten diese Sätze. Den reinen Girozwecken wäre auch beim Geldgiroverkehr völlig genügt, wenn der Geldgiroverkehr auf der Grundlage des Sammeldepots durchgeführt würde, was ohne weiteres möglich ist, da die Banknoten (Inhaberpapiere) ebenso wie Aktien als vertretbare Sachen behandelt werden. Dann müßten aber die Banken das Geld ihrer Kundschaft immer zu 100 % bereit halten, ohne es arbeiten lassen zu können. So war es auch ursprünglich bei dem Geldgiroverkehr im Mittelalter und auch später noch. Zum Beispiel bei dem Giroverkehr, den die Hamburger Bank seit dem Jahre 1629 durchführte. Damals bewahrten die Banken das von der Kundschaft eingelieferte Geld effektiv in ihren Kellergewölben auf und führten auf dieser effektiven Grundlage den Giroverkehr durch. Damit waren auch die reinen Girozwecke: Rationalisierung und Sicherung erreicht.

Diese effektive Deckung fehlt dem heutigen Geldgiroverkehr, weil er nicht nur nicht einmal in erster Linie eine Rationalisie-

rungsmaßnahme ist. Vielmehr ist der Geldgiroverkehr heute in erster Linie eine Maßnahme der Kreditwirtschaft und eine der mannigfaltigen währungspolitischen Maßnahmen, die ein Maximum von auf Geld lautenden Umsätzen und Geschäften aller Art durch ein Minimum von Bargeld zu erreichen suchen[8]).

Dieses Ziel kann natürlich bei einer 100prozentigen Deckung nicht erreicht werden, weshalb die unregelmäßige Verwahrung genommen werden mußte, bei der das Publikum sein dingliches Recht gegen ein obligatorisches Forderungsrecht eintauschen muß. Hierbei wird sehr klar, daß durch die Verflechtung von Giro und Kredit der ursprüngliche Girozweck und das Interesse des Publikums hinter Kreditinteressen zurückstehen muß — oft geradezu zum Vorwand, zum Propagandamittel dieser Kreditinteressen wurde[9]).

Die Rechtsverteilung beim Geldgiroverkehr ist also nicht die dem reinen Girozweck entsprechende. Sie gibt der Bank mehr Rechte als nötig. Beim Effektengiroverkehr ist das anders. Hier spielen keine Kreditinteressen herein, weshalb hier auch die Rechte der Bank auf ein Minimum beschränkt sind: auf das Recht, für ein ins Sammeldepot eingeliefertes Stück ein anderes Stück derselben Art zu liefern. Man kann also bei dem Effektengiroverkehr von einem „Giroverkehr par excellence" sprechen.

Auch bei den neuen Zweigen des Effektengiroverkehrs handelt es sich um einen reinen Giroverkehr, bei dem die zentrifugalen Kräfte (Kundeninteresse) für die Rechtsverteilung maßgebend sind. Damit ist die Fragestellung, die zu dieser Unter-

---

8. Schoele: „Die Organisation des bargeldlosen Zahlungsverkehrs", S. 8.

9. Opitz, Frankfurter Rede vom 4. Februar 1927, BankArch. XXVI. Jahrgang Nr. 10, S. 242: „Die finanzpolitische Seite ist als eine nicht unerhebliche Reibungsfläche des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zu buchen. In der Inflationszeit kamen als Reibungsflächen noch die Valutaverluste hinzu, die ja bekanntlich fast zur Abdrosselung des bargeldlosen Verkehrs geführt haben, ein Rückschlag, der auch heute noch nicht überwunden ist. Man wird bis zu einem gewissen Grad von einer Verkettung des Kreditverkehrs und des bargeldlosen Zahlungsverkehrs sprechen können, bei denen sich die Verkehrswege beider nicht selten kreuzen, was der glatten Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs immerhin hinderlich ist. Nichts davon beim stückelosen Effektenverkehr!"

suchung geführt hatte, welche Rechtsgrundlage außer Sammeldepot und depositum irregulare für die neuen Zweige des Effektengiroverkehrs in Frage kommt, soweit gefördert, als die Erfordernisse, die an die Rechtsgrundlage eines solchen Effektengiroverkehrs gestellt werden, abstrakt fest bestimmt sind:

Hinsichtlich der Effekten muß zwischen Kunde und Bank eine Rechtsverteilung stattfinden, die dem Kunden ein Maximum von Rechten beläßt und der Bank nur ein Minumum gewährt.

3. Gleichheit des Rechtsverteilungsproblems bei dem Giroverkehr und bei der Treuhand

Diese Interessenlage der am Giroverkehr Beteiligten ist der Interessenlage der an einem treuhänderischen Verhältnis Beteiligten sehr verwandt. Der soeben für die Rechtsverteilung beim Giroverkehr aufgestellte Grundsatz hat in gleicher Weise für Treuhandverhältnisse seine Geltung[10]). Auch bei der Treuhand ist das Kernproblem die Teilung der Rechtszuständigkeit zwischen Treugeber und Treuhänder, oder vom Treugeber aus gesehen: das Schutzproblem.

Die Verwaltungstreuhand ist ein Fall der Interessenvertretung, sie ist allein im Interesse des Treugebers geschaffen worden. Bei der Teilung der Rechtszuständigkeit muß ihm also eine möglichst starke Rechtsstellung erhalten bleiben, während dem Treuhänder nur so viel Rechtsmacht eingeräumt werden soll, als zur Durchführung seiner Verwaltungstätigkeit unbedingt erforderlich ist.

Die Interessenlagen beim Giroverkehr und bei der Treuhand decken sich also völlig und es ist nicht verwunderlich, daß man, als die bisher verwandten Rechtsformen für den Giroverkehr nicht mehr ausreichten, auf die Treuhand zurückgegriffen hat: die Girobank sollte Treuhänder der am Giroverkehr teilnehmenden Werte der Girokunden werden.

---

10. Hier ist jedoch nur von Verwaltungstreuhand die Rede. Bei der anderen Gruppe der Treuhandfälle, der Sicherungstreuhand, besteht ein starkes Eigeninteresse des Treuhänders, wodurch sich auch der Maßstab für die Rechtsverteilung hinsichtlich des Treuguts verschiebt.

§ 3. Stand des heutigen deutschen Treuhandrechts

1. Gesetzlosigkeit

Mit der Feststellung der Zweckgeeignetheit der Treuhand ist über den Rechtscharakter dieser Einrichtung noch nichts gesagt. Eine gesetzliche Regelung gibt es im deutschen Recht nicht. Das Wort Treuhand kommt zwar in einigen, besonders neueren Gesetzen vereinzelt vor[11]), ohne daß jedoch die rechtlichen Verhältnisse dieses Begriffs erklärt werden.

Dieser Mangel einer gesetzlichen Regelung hinderte nicht, daß die Erfordernisse des modernen Wirtschaftslebens zu einer mannigfaltigen, immer noch zunehmenden Anwendung der Treuhand geführt haben. Das Recht hinkt hier wie beim Giroverkehr hinter der wirtschaftlichen Entwicklung her. Die Wissenschaft versuchte die Lücke des Gesetzes auszufüllen und mit Hilfe der vorhandenen Rechtsformen eine befriedigende Rechtsgrundlage für die treuhänderische Zwecklage zu schaffen. Bei diesen Versuchen hat sich gezeigt, daß sich eine allgemeine und vollkommen befriedigende Lösung der Treuhand nach heutigem deutschen Recht nicht finden läßt. Es ist eine verwirrende Menge verschiedenster Konstruktionen aufgestellt worden, die eine bedauerliche Unklarheit des Treuhandrechts zur Folge hatten. Vor allem vermischten sich mit den auf dem heute geltenden Recht aufbauenden Lösungsversuchen Vorschläge de lege ferenda, deren Ergebnisse dann von anderen mißverstanden und als heute gültig übernommen wurden. Außerdem befindet sich die Treuhand sowieso auf dem Gebiet der allgemeinen Interessenvertretung, deren Rechtsformen der offenen und verdeckten Stellvertretung und der Ermächtigung leicht ineinander übergingen und durch die mit ihnen zusammenhängenden Innenverhältnisse des Auftrags und der anderen Geschäftsbesorgungsverträge weitere Trennungsschwierigkeiten boten.

---

11. Z. B. Hypothekenbankgesetz: §§ 29—36; Industriebelastungsgesetz von 1924: §§ 42, 47, 48; Reichsbahngesetz von 1924: §§ 4, 6; Aufwertungsgesetz von 1925: § 3 Abs. 1 Z. 7, §§ 55, 60 usw.

Hinzu trat komplizierend ferner die Lehre von der implizierten Treuhand, die beim Vorliegen gewisser allgemeiner Vertretungsverhältnisse immer das Vorliegen eines Treuhandverhältnisses vermuten wollte[12]).

Bei dieser Lage ist es wohl kaum übertrieben, zu sagen, daß heute das Treuhandrecht das unklarste und verworrenste Gebiet des deutschen Rechts ist. Jeder verwendet diesen Begriff, wie es ihm beliebt. Wird im Geschäftsverkehr eine nicht näher zu definierende Rechtsmacht gebraucht, für die man keine passende Rechtsfigur findet, wird die Lücke mit der Treuhand ausgefüllt, ohne daß man sich viel den Kopf über die rechtlichen Voraussetzungen und Folgen zerbricht. Je nach Bedarf wird dann nachher das Vollrecht dem Treugeber oder dem Treuhänder zugeteilt. Es ist klar, daß mit einem so verschwommenen und nach allen Seiten schillernden Rechtsgebilde in der Praxis nicht mit Sicherheit zu arbeiten ist. Wenn die Treuhand trotzdem in so großem Umfang heute angewandt wird, so beweist das nur ihre Unersetzbarkeit für das heutige Wirtschaftsleben.

Mit der steigenden Bedeutung der Treuhand im Wirtschaftsleben wächst aber auch die Notwendigkeit, in die Treuhandverhältnisse endlich Klarheit zu bringen. Vor allem kann eine Einrichtung wie der Giroverkehr, mit seinen im Großen serien- und typenmäßig durchgeführten Geschäften, die Treuhand als Grundlage nur gebrauchen, wenn sie unbedingte, jeden Zweifel ausschließende Sicherheit verbürgt und außerdem eine einfache technische Anwendung zuläßt. Einfachheit und Sicherheit sind die beiden Forderungen, die die Treuhand als Giroverkehrsgrundlage erfüllen muß. Es erscheint deshalb vor der Darstellung der einzelnen Treugiroarten unbedingt erforderlich, einen wenn auch nur summarischen Ueberblick über den heutigen Stand des deutschen Treuhandrechts zu geben, um festzustellen, welche Treuhandkonstruktionen für diese Giroarten in Frage kommen.

---

12. Friedmann, Gutachten, S. 845, ist gegen die Annahme einer implizierten Treuhand, vgl. auch die dort angegebene Literatur.

2. *Die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der Treuhand*

Wenn das Gesetz auch keine Bestimmungen über die Treuhand trifft, so heißt das nicht, daß der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung freie Hand gelassen ist. Zwei Grenzen sind vor allen Dingen gesetzt: das ist der numerus clausus der Sachenrechte und § 137 BGB. Bei allen Betrachtungen über da. Treuhandverhältnis wird man immer wieder auf diese beiden Haltepunkte stoßen.

Im übrigen stehen sich bei dem wissenschaftlichen Streit um die Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses zwei grundsätzlich entgegengesetzte Haltungen einander gegenüber. Die romanistische Tendenz möchte dem Treuhänder um der Rechtsklarheit willen eine unbeschränkte, zweckü berschreitende Rechtsmacht geben, während der germanistische Gedanke dem Treuhänder durch Teilung der Rechtszuständigkeit eine zweckentsprechende Rechtsmacht zubilligt.

In diesem Rahmen haben sich im wesentlichen vier Gruppen von Lösungsversuchen herauskristallisiert[13]): 1. die fiduciа, 2. die dinglichen Beschränkungen der treuhänderischen Rechtstellung, 3. die Ermächtigung, 4. die Vollmacht.

3. *Die fiduciа*

3a) Geschichte

Die „Fiduzia" entstammt dem älteren römischen Recht, dem die Vorstellung eines Pfandrechts fremd, aber die Sicherstellung von Forderungen durch Eigentumsübertragung an Sachen möglich erschien, wobei das hinzuzufügende pactum fiduciae dem Fiduzianten obligatorisch seinen Rückübertragungsanspruch im Fall der Schuldentilgung sichern sollte.

Im deutschen Recht fand die „Fiduzia" erst in den 80iger Jahren durch Regelsberger, Dernburg und Örtmann eine gewisse Auferstehung[14]). Auf Regelsberger geht auch die Bezeichnung:

---

13. Siebert: „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis", S. 102 ff.
14. Regelsberger: „Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession" in Arch.

„fiduziarisches Geschäft" zurück. Seit 1889 hat sich auch das RG mit der „Fiduzia" befaßt. Zunächst heißt dieses Rechtsgebilde auch beim RG „Fiduzia" und das RG spricht auch von „fiduziarischen Geschäften". Seit 1909 tritt in den veröffentlichten Entscheidungen an Stelle des Wortes „Fiduzia" die Verdeutschung „Treuhand" auf[15]), die sich schon früher in den Lehrbüchern der Institutionen als Uebersetzung des Wortes „Fiduzia" vorfand.

Damals waren also fiduziarisches Geschäft und treuhänderisches Geschäft identisch, und sie sind es lange Zeit auch geblieben. In den letzten Jahren sind jedoch von der Wissenschaft verschiedene andere Rechtsgrundlagen für die treuhänderischen Verhältnisse konstruiert worden, von denen zum mindesten die der Ermächtigung rechtliche Anerkennung verdient. Damit ist aber die rechtliche Eindeutigkeit des Wortes „Treuhand" verloren. Man müßte korrekterweise jetzt immer sagen: fiduziarische Treuhand, ermächtigte Treuhand usw. Tatsächlich wird aber in der Praxis immer nur von „Treuhand" gesprochen. Da auch heute noch das fiduziarische Treuhandverhältnis gegenüber den anderen Formen überragende praktische Bedeutung hat und von vielen mit dem Treuhandbegriff schlechthin immer noch gleichgesetzt wird, kann man im allgemeinen dacon ausgehen, daß ein fiduziarisches Geschäft gemeint ist, wenn von Treuhand die Rede ist.

3b) Die fiduziarische Treuhand nach heutigem deutschen Recht, wie sie von der Wissenschaft und insbesondere von der Rechtsprechung des Reichsgerichts gebildet worden ist

Das RG[16]) hat in einer großen Zahl von Entscheidungen Grundsätze über das fiduziarische Treuhandverhältnis herausgearbeitet. Mit zwei Problemen hat sich das RG hauptsächlich befaßt: 1. Schutzproblem, 2. Begründungsproblem.

Civ. Prax. Bd. 63 (1880), S. 157; Dernburg: „Pandekten", 2. Aufl. (1888), Bd. I, § 100; Örtmann: „Fiduzia im römischen Privatrecht" (1890).

15. Ent. vom 15. Oktober 1909, Gruchot, 54/623.

16. 79/122; 84/217; 127/344; 133/84.

3b) aa) Das Schutzproblem

Bei der fiduziarischen Treuhand wird dem Treuhänder das Vollrecht als Eigenrecht übertragen, nur belastet mit der Verpflichtung, dieses Recht in einem fremden Interesse wahrzunehmen. Das RG hat von Anfang an betont, daß diese unbeschränkte Rechtsmacht des Treuhänders eine zwecküberschreitende Rechtsmacht sei und hat versucht, diese Rechtsmacht der Zwecksetzung anzupassen, indem es das Treugut aus der Haftungsmasse des Treuhänders herausgenommen hat.

Demnach konnte der Treugeber einer Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Treuhänders widersprechen (§ 771 ZPO) und hatte im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO). Dies sind die sog. quasidinglichen Wirkungen der fiduziarischen Treuhand. Umgekehrt haben die quasidinglichen Wirkungen das Ergebnis, daß der Treuhänder im Konkurs des Treugebers ein Absonderungsrecht (§ 47 KO) und bei der Zwangsvollstreckung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO) unbeschadet seines Rechts aus § 771 ZPO hat[17]). Der vom RG aufgestellte Grundsatz über das Verhalten des Treuguts im Konkurs und in der Einzelzwangsvollstreckung wird als Umwandlungsprinzip bezeichnet.

Diese Auswirkungen eines Eigentumsverhältnisses erscheinen zunächst sehr ungewöhnlich. Weshalb, muß man fragen, bietet das fiduziarische Eigentum in seiner Regelung durch die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtshofes Eigentümlichkeiten, die sonst unserer Rechtsordnung fremd sind? Wer Eigentümer ist, müßte als Eigentümer behandelt werden. Der Fiduziar ist Eigentümer, aber in seinem Konkurs tritt plötzlich das Eigentum des Fiduzianten hervor, der bis dahin nur obligatorische Ansprüche gegen den Fiduziar hatte. Reflexe des Obligatorischen im Dinglichen, die nicht auf Rechtsordnung beruhen, sondern auf Rechtsprechung, sind eine Ausnahmeerscheinung und bedürfen der Erklärung.

---

17. Das Widerspruchsrecht wird hier von manchen bestritten. Diese wollen dem Treuhänder nur bei der eigeninteressierten Sicherungstreuhand ein Widerspruchsrecht geben. Vgl. Siebert, a. a. O. S. 40/41.

Die Erklärung dieser Ausnahmeerscheinung, deren Annahme selbst allseitige Zustimmung erfahren hat, hat eine Reihe von Kontroversen hervorgerufen. Die Wissenschaft hat mehrere Konstruktionsversuche auf der Grundlage unserer positiven Rechtsbestimmungen gemacht. Diese Versuche sind an der Schwierigkeit gescheitert, der Fremdheit des wirtschaftlichen Interesses des Treuhänders einen rechtlichen, und zwar einen dinglichen Nachdruck zu verleihen. Es hat keinen Zweck, zu verheimlichen, daß das System unseres heutigen Sachenrechts nicht ausreicht, um den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Treuhand voll zu genügen. Will man das erreichen, muß man schon die Ebene des formalen Rechts verlassen. Dies hat das RG getan und schon in der früheren Entscheidung im 45. Band Seite 84 in der geradezu klassisch gewordenen Formulierung ausgeführt:

„Darüber bestehen nun keine zwei Meinungen, daß eine etwaige abweichende Regelung der konkursmäßigen Behandlung von fiduziarischen Rechtsgeschäften der in Frage stehenden Art mit den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit nicht vereinbar wären."

Dieser Hinweis auf die materielle Gerechtigkeit ist auch in den späteren Entscheidungen die eigentliche Begründung der Umwandlungslehre. „Materielle Gerechtigkeit" heißt hier aber nichts anderes als Billigkeit.

Etwas freier heißt es z. B. in RG 84/215, daß von den Rechtskonsequenzen des strengen Wortlauts das praktische Recht mit gutem Grund abweiche und sich zu der fast ausnahmslos herrschenden, den Bedürfnissen des Lebens entsprechenden freieren Ansicht bekenne.

Gegenüber dieser großzügigen, wirklichkeits- und volksnahen Argumentation des RG erscheinen alle rein formalrechtlichen Konstruktionen gekünstelt. Ebenso sagt Riezler[18]):

„Es gibt nur eine Art von Eigentum. Die wahre Rechtfertigung des Aussonderungsrechts liegt lediglich in der von der Praxis anerkannten Forderung nach Billigkeit."

---

18. Bei Staudinger: I. Bd., S. 414.

Diese Ansicht vertritt auch Örtmann, der die anderen Konstruktionen ziemlich schroff ablehnt[19]):

„Die beliebte Herleitung aus einem bloß formalen Eigentum oder einer Teilung des Eigentums im Innen- und Außenverhältnis ist Unsinn."

Das RG hat also mit seiner Entscheidung formalrechtliche und privatwirtschaftliche Gesichtspunkte hinter die öffentlichrechtlichen und gemeinwirtschaftlichen Anforderungen zurücktreten lassen. Dieser Gesichtspunkt ist gerade ein Hauptbestandteil des nationalsozialistischen Rechtsguts und es verdient besonderer Beachtung, daß das RG bereits im Jahre 1912 diese Rechtspolitik mit einer für damalige Verhältnisse großen Kühnheit betrieben hat. Dies betont auch ausdrücklich Opitz[20]).

In diesem Schutz gegen die Zugriffe der Gläubiger des Fiduziars erschöpft sich aber grundsätzlich die dem Fiduzianten in Beziehung auf das Treugut eingeräumte quasidingliche Rechtsstellung. Zwischen dem Fiduziar und dem Fiduzianten selbst ist das Rechtsverhältnis das normale wie zwischen jedem Eigentümer und einem obligatorisch Berechtigten. Verfügungen, die der Fiduziar über das Treugut trifft, sind in vollem Umfang wirksam. Verstößt er dabei gegen seine Pflichten aus dem pactum fiduciae, so macht er sich lediglich schadensersatzpflichtig. Dies sei allen denen gesagt, die die rein obligatorische Berechtigung des Fiduzianten gegen den Fiduziar in ein geheimnisvolles, „eigentlich materielles Recht" umdeuten wollen. Das ist nicht möglich. Die Uebereignung an den Treuhänder muß wirklich ernstlich gewollt sein, mit allen Rechtsfolgen, sonst liegt ein Scheingeschäft vor, das nach § 117 BGB nichtig wäre.

Ergebnis des Schutzproblems: Beim fiduziarischen Treuhandverhältnis ist der Fiduziant gegen Zugriffe der Gläubiger des Fiduziars auf das Treugut geschützt, jedoch nicht gegen pflichtwidrige Verfügungen des Fiduziars.

---

19. Komm. zum BGB I, 3. Aufl., S. 385.

20. Opitz: „Anderkontenrecht", BankArch. XXXIII.

3b) bb) Begründungsproblem

Man sollte zunächst denken, daß die Begründung des oben dargelegten Treuhandverhältnisses keinerlei Schwierigkeiten aufweisen könne, daß durch ein entsprechendes pactum fiduciae für jede Sache und jedes Recht unter allen Umständen ein fiduziarisches Treuhandverhältnis mit den vorgenannten Rechtsfolgen geschaffen werden könnte. Dies hat jedoch das RG in ständiger Rechtsprechung verneint, und ein fiduziarisches Rechtsverhältnis nur da anerkannt, wo das Treugut unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden ist. Warum das RG die Grenzen der fiducia so streng mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit gehütet hat, ist leicht dadurch zu erklären, daß das RG mit der Verneinung des Zugriffsrechts der Gläubiger des Fiduziars auf das Treugut eine ganz außergewöhnliche Sonderregelung getroffen hatte und die Ausnahmevergünstigung für den Fiduzianten nun streng auf wirkliche Treuhandverhältnisse beschränkt wissen wollte. Wann ein solches wirkliches Treuhandverhältnis vorliegt, ist aber nicht einfach festzustellen, da üblicherweise das fiduziarische Treuhandverhältnis an einem Mangel an Offenkundigkeit (Publizität) leidet, sog. verdeckte Treuhand.

Schließlich kann bei jedem Gläubigerzugriff der Eigentümer behaupten, nur Treuhänder zu sein. Eine solche Behauptung läßt sich schwer prüfen und im Fall ihrer Unwahrheit schwer widerlegen. Es besteht deshalb die Gefahr, daß die dem Fiduzianten aus Billigkeitsgründen durch eine verantwortungsvolle und weite Rechtsauslegung des RG geschaffene Schutzstellung von dem Fiduziar mißbraucht wird, indem er die Heimlichkeit der fiduziarischen Treuhandverhältnisse benutzt, um Rechte, die er im eigenen Interesse innehat, als treuhänderische auszugeben, um seine Gläubiger zu schädigen.

Hier ist dem RG in vollem Umfang zuzustimmen, wenn es bei dem Mangel an Offenkundigkeit des fiduziarischen Treuhandverhältnisses versucht, wenigstens einige äußere Merkmale in bezug auf Fiduziar, Fiduziant und Treugut herauszuarbeiten, die normalerweise geeignet sind, als Kennzeichen eines fiduziarischen Treuhandverhältnisses zu dienen. Als dieses Mittel

zur Begrenzung und Bestimmung des Kreises der fiduziarischen Treuhand hat das RG die Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung vom Treugeber auf den Treuhänder gefunden[21]).

Es ist für die späteren Ausführungen über die Treuhandkonten von besonderer Wichtigkeit, diesen Zusammenhang zwischen Unmittelbarkeitsprinzip und Heimlichkeit der verdeckten Treuhand festzuhalten in dem Sinn, daß das RG das Unmittelbarkeitsprinzip als gewissen Ersatz für die mangelnde Offenkundigkeit aufgestellt hat, und daß folglich der Ersatz der Offenkundigkeit nicht nötig ist, wo die Offenkundigkeit selbst gegeben ist[22]).

Von den zitierten Entscheidungen geht dies besonders deutlich aus der Entscheidung des RG 84/217 hervor. Danach könne man von einem Treuverhältnis, das den Treugeber zur Aussonderung berechtigt, nur dann sprechen . . .,

„wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (Treuhänder) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll. Das Treugut scheidet hierbei rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich aus dem Vermögen des Treugebers aus. Der Begriff der Treuhand würde aber völlig ins Unbestimmte zerfließen, wenn man dabei vom Erfordernis des ‚Anvertrauens zu treuen Händen' ganz absehen und ein solches Verhältnis überall schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrag eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt."

Aus diesen Erwägungen heraus hat das RG bisher mit Recht an dem Unmittelbarkeitsgrundsatz festgehalten.

Aus diesem Grundsatz folgt der Ausschluß des Surrogationsprinzips, d. h. was der Treuhänder mit Mitteln des Treuguts erwirbt wird nicht wieder Treugut[22a]). Desgleichen scheidet die

21. Gruchot 54/623; RG 79/121; RG 84/214; LZ 1916/1022; RG 91/12; RG 92/341; Gruchot 68/551; JW 1928/2446; RG 127/341; RG 133/87.

22. Siebert, a. a. O. S. 353 ff.

22a. LZ 1915/1022; RG 94/305; LZ 1928/1248; RG 121/294.

Treuhandschaft an eigener Sache aus. Ferner alle die Fälle, in denen der Fiduziar das Treugut von Dritten erworben hat. Hier handelt der Fiduziar als stiller Stellvertreter. Auch wenn er und der von ihm still Vertretene selbst von einem zwischen ihnen bestehenden Treuhandverhältnis ausgegangen sind, kann kein echtes Treuverhältnis entstehen[23, 24]).

Zusammenfassung des Begründungsproblems: Ein verdecktes fiduziarisches Treuhandverhältnis kann nur durch unmittelbare Rechtsübertragung vom Treugeber auf den Treuhänder erfolgen.

4. Die dinglichen Beschränkungen der treuhänderischen Rechtsstellung

4a. Die auflösende Bedingung

Von den verschiedenen Versuchen, die zwecküberschreitende Rechtsmacht des fiduziarischen Treuhänders auf ein ihrer Zweckbestimmung entsprechendes Maß zurückzuführen, ist zunächst die auflösende Bedingung als 1. Stufe einer dinglichen Verbesserung der Stellung des Treugebers zu betrachten.

Für das geltende Recht hat zuerst Alfred Schultze in seiner grundlegenden und epochemachenden Abhandlung über Treuhänder im geltenden Recht[25]) die Konstruktion durchzuführen versucht, Der Grundgedanke seiner und aller ihm folgenden Ausführungen[26]) ist folgender: Stellt man das Eigenrecht des Treuhänders unter eine auflösende Bedingung derart, daß bei pflichtwidriger Verfügung des Treuhänders, Gläubigerzugriff und Fortfall des Zwecks und Tod des Treuhänders das Eigentum mit dinglicher Wirkung an den Treugeber zurückfällt, so ist damit

23. RG 133/87: „Der Glaube, daß ein Treuhandverhältnis bestehe, reicht für dessen Feststellung allein nicht aus."

24. Friedmann, a. a. O. S. 845 ff., weist darauf hin, daß durch solche „implizierte" Treuhandschaften, wie er sie nennt, eine Gefährdung unseres Rechtssystems durch Umwandlung von Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung in verdeckte und implizierte Treuhand bestände.

25. Iherings, J. 43, S. 1 ff.

26. Z. B. Fischbach, S. 207 ff.: Schöny, S. 305 f.; Gerstle, Diss., S. 85 ff.; Kohler, Lehrb. I, S. 504.

die gewünschte zweckentsprechende Wirkung erreicht: der Treuhänder behält zwar eine eigenrechtliche Machtstellung, der Treugeber aber ist mit absoluter und dinglicher Wirkung gegen pflichtwidrige Verfügungen des Treuhänders und gegen Gläubigerzugriffe geschützt: er hat ein dingliches Anwartschaftsrecht.

Es kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit diese Konstruktion mit der heute geltenden Rechtsordnung, insbesondere mit § 137 BGB vereinbar ist. Jede weitere Untersuchung erübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit deshalb, weil aus dem bereits bisher über die auflösende Bedingung Gesagten hervorgeht, daß sie nur anwendbar ist, wenn das Eigentumsrecht an demselben konkreten Gegenstand an den Treugeber zurückfallen soll. Das ist aber beim Treugiroverkehr nicht der Fall. Hier ist die treuhänderische Bank nur verpflichtet, eine Sache oder ein Recht derselben Art im selben Umfang zurückzugewähren, für die auflösende Bedingung ist also kein Platz.

4b) Die angelsächsische Lösung

Das angelsächsische Recht hat — so gut wie nicht beeinflußt vom römischen Recht — den germanistischen Gedanken der zweckentsprechenden Rechtsverteilung noch heute verwirklicht. Beim Trust ist die Rechtszuständigkeit folgendermaßen verteilt: der Trustee ist der legal owner (Vollrechtsinhaber), der Treugeber hat ein equitable right (Billigkeitsrecht); er ist owner in equity.

Diese bestechende Lösung hat immer wieder zu Analogien für das deutsche Recht geführt. Wenn man aber versucht, das Trustverhältnis in Begriffen unseres Rechts wiederzugeben, muß man sich darüber klar sein, daß damit notwendig eine gewisse Modifikation verbunden ist, denn einen dem Gegensatz von common law und equity entsprechenden Rechtsdualismus kennen wir nicht. Man kann nicht einmal mit Sicherheit sagen, ob equity ein dingliches oder ein obligatorisches Recht ist. Am ehesten scheint das Billigkeitsrecht des englischen Treugebers dem landrechtlichen jus ad rem vergleichbar zu sein[27]). Solche und ähnliche Rechtsbeziehungen lassen sich aber bei dem numerus clausus unserer Sachenrechte rechtsgeschäftlich nicht vereinbaren.

27. Siebert, a. a. O. S. 97.

4c) Gemeinsame Berechtigung von Treugeber und Treuhänder

Die Suche nach einer irgendwie gearteten dinglichen Rechtsteilung zwischen Treuhänder und Treugeber hinsichtlich des Treuguts führt dann zu dem Gedanken der gemeinsamen Berechtigung. Eine gemeinsame Berechtigung von Treugeber und Treuhänder kann entweder als Gesamthandsberechtigung oder Mitberechtigung (Gemeinschaft nach Bruchteilen) begründet werden.

Ein Gesamthandsverhältnis können die Beteiligten nicht beliebig vereinbaren. Das Gesetz kennt nur drei Fälle: Gesellschaft, Gesamtgut und ungeteilte Erbengemeinschaft. Hier kommt allein die Gesellschaft in Frage. Gesellschaft und Treuhand bilden jedoch einen Gegensatz. Der Treuhandvertrag ist ein auftragsähnlicher Vertrag, ein Geschäftsbesorgungsvertrag im weitesten Sinn: eine Person verpflichtet sich zu Leistungen für eine andere Person, d. h. in deren Interesse. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich mehrere Personen gegenseitig, zu einem gemeinschaftlichen Zweck zusammenzuwirken.

Ob man über diesen Gegensatz hinwegkommen kann, und mit Siebert[28]) für einige Spezialfälle die Treuhand gesamthänderisch aufbauen kann, kann dahingestellt bleiben, da für einen Giroverkehr die engen Bindungen der Gesamthand und ihre gemeinschaftliche Rechtsausübung untragbar sind.

Als Mitberechtigung kommt nur das Miteigentum in Frage, das aber aus den bereits dargelegten Gründen hier ausscheidet[29]).

4d) Dingliches Verwaltungsrecht

Die gesetzliche Regelung des Testamentsvollstreckers hat als Vorbild für verschiedene Versuche zur Schaffung eines allgemeinen dinglichen Verwaltungsrechts geführt. Diese Aufgabe ist jedoch dem Gesetzgeber vorbehalten. Der rechtsgeschäftlichen Begründung eines solchen Rechts steht wieder der Typenzwang unseres Sachenrechts entgegen.

Zusammenfassung: Die Treuhand läßt sich, wenn überhaupt, so auf keinen Fall für Girozwecke

28. Siebert, a. a. O. S. 316 ff.
29. Vgl. oben § 1 Nr. 3.

mit einer echten Teilung der Rechtszuständigkeit begründen.

5. *Ermächtigung*

5a) Ermächtigung ist kein Fall der Teilung der Rechtszuständigkeit

Die im vorstehenden Absatz 4 behandelten Fälle haben gemeinsam, daß bei ihnen eine echte Teilung der Rechtszuständigkeit in mehr oder minder großem Umfang versucht worden ist. Von der „Substanz" des Mutterrechts soll ein Teil abgezweigt werden und einer zweiten Person zustehen. Ein Muster solcher Rechtsübertragung sind die Belastungen. Die herrschende Lehre sieht in den begrenzt-dinglichen Rechten „verselbständigte" Eigentumssplitter[30]). Das selbständige Teilrecht schließt, soweit es reicht, die entsprechende Rechtszuständigkeit des Mutterrechtsinhabers aus.

Anders bei der Ermächtigung (§ 185 BGB). Die Verfügung eines Nichtberechtigten ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Der Ermächtigungsempfänger erhält also die Macht, im eigenen Namen über fremdes Recht zu verfügen. Nur die Rechtsausübung wird ihm also überlassen, in bezug auf die Rechtssubstanz des Berechtigten bleibt er „Nichtberechtigter". Es liegt demnach keine, auch nur teilweise Uebertragung des Rechts selbst vor, sondern nur eine Vervielfältigung des Ausübungsrechts. Beide, der Ermächtigende und der Ermächtigte, haben ein eigenes Recht zur Ausübung des der Ermächtigung zugrunde liegenden Rechts. Es liegt also keine Teilung, sondern eine Konkurrenz der Rechtszuständigkeit vor[31]).

30. O. v. Gierke: „Deutsches Privatrecht", II, S. 359, 366; v. Tuhr: I, S. 63; M. Wolff: „Sachenrecht", § 51, II; Heck S. 79 ff.; Siebert: a. a. O. S. 243; Krückmann: ArchZiv. Pr. 103, S. 139 ff., 303 ff., auch RGFestg. III, S. 97 ff.

31. Der Unterschied zwischen konkurrierender Rechtszuständigkeit durch Vervielfältigung der Rechtsmacht und Teilung der Rechtsmacht wird oft übersehen. Siebert, a. a. O. S. 233, hat ihn sehr deutlich hervorgehoben.

5b) Ermächtigung und Vollmacht

Bei dem drohenden Ineinanderfließen der Rechtsformen der allgemeinen Interessenvertretung erscheint es auch erforderlich, die abgrenzenden Merkmale zwischen Ermächtigung und Vollmacht herauszuarbeiten.

Die Ueberlassung der Rechtsausübung erscheint zunächst nicht als Begründung einer Beziehung des Ermächtigten zu dem betreffenden Recht, sondern in erster Linie als Schaffung einer Beziehung zu der Person des Rechtsinhabers. Erst diese Beziehung schafft mittelbar eine Macht des Ermächtigten über das Recht. Auch die Vollmachtserteilung schafft zunächst nur eine Beziehung von Person zu Person und erst als deren Folge das Verfügungsrecht des Bevollmächtigten.

Der Unterschied zwischen Vollmacht und Ermächtigung besteht nun einmal in der verschiedenen Gestaltung dieser Beziehung von Person zu Person: Der Vollmachtgeber wird von dem Handeln des Bevollmächtigten nur betroffen, wenn dieser im fremden Namen handelt, während der Ermächtigte die gleiche Einwirkung durch Handeln im eigenen Namen erzielt.

Im übrigen ist die Beziehung der Ermächtigung zu dem betreffenden Recht doch wesentlich stärker als bei der Vollmacht. Die Wirksamkeit der Vollmacht hängt nicht von der Berechtigung an einem bestimmten Gegenstand ab, die Möglichkeit ihrer Erteilung ist eine Folge der allgemeinen Geschäftsfähigkeit; die Ermächtigung ist aber nur wirksam als Folge einer bestimmten Rechtsinnehabung. Die Vollmacht kann der dominus negotii erteilen, die Ermächtigung nur der dominus rei.

Damit steht die Ermächtigung mit ihrer Beziehung zur Person und zum Recht etwa in der Mitte zwischen der beschränkten Rechtsübertragung und der Vollmacht.

5c) Umfang der Rechtsausübungsmacht der Ermächtigung

§ 185 BGB spricht nur von einer Verfügungsmacht. Eine Verpflichtungsermächtigung kann nicht auf § 185 gestützt

werden[32]). Ob sie mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 182 ff. BGB konstruiert werden kann, wird von Siebert, der sich auf die neueste Rechtsprechung des RG stützt, verneint[33]), von anderen bejaht. Auf die Streitfrage kann hier nicht eingegangen werden. Wenn sie auch für das allgemeine Treuhandproblem von Wichtigkeit sein mag, so wird sie doch bei einem Giroverkehr, der nur auf Verfügungen abgestellt ist, nicht akut.

In der Wissenschaft ist auch vereinzelt mit einer Analogie zu § 185 BGB eine Erwerbsermächtigung zu konstruieren versucht worden[34]). Dies ist nicht möglich. Die Ermächtigung ist akzessorisch von der Rechtsinnehabung des Ermächtigenden.

Damit kommt man zur Anerkennung des von Siebert aufgestellten Satzes: „Die Ermächtigung findet ihre Grundlage und ihre Grenze in § 185 BGB."

5 d) Eignung der Ermächtigung für die Treuhand

5d) aa) Das Schutzproblem

Gegen einen Zugriff der Gläubiger des ermächtigten Treuhänders auf das Treugut — das sind die in der Gewalt des Ermächtigten befindlichen Gegenstände des Treugebers — ist der Ermächtigende schlechthin geschützt, denn er ist Vollrechtsinhaber und kann in jedem Fall bei der Einzelzwangsvollstreckung widersprechen und im Konkurs aussondern.

Gegen pflichtwidrige Verfügungen des Treuhänders kann sich der Treugeber nach Belieben schützen, da die Einwilligung des § 185 Abs. 1 BGB von dem Berechtigten beliebig abgegrenzt und beschränkt werden kann, ebenso wie auch eine begrenzte Vollmacht erteilt werden kann. Durch eine derartige Beschränkung der Einwilligung kann das „Können" des Treuhänders dem „Dürfen" genau angepaßt werden und damit ist hier ohne weiteres das Ziel der Treuhandgestaltung, die Angleichung der Machtstellung an die Pflichtstellung des Treuhänders erreicht.

32. Siebert, a. a. O. S. 255; Fischer-Henle-Titze, Komm. zum BGB. Anmerkung 1 zu § 185.

33. RG 117/72; RG 133/234; RG 136/102.

34. Teilweise von Ludewig, ganz radikal von Spreckelsen, S. 39 ff.

Verfügungen des Treuhänders außerhalb des Rahmens seiner Ermächtigung sind schlechthin unwirksam; Dritte werden nicht geschützt, da unser Recht einen Gutglaubensschutz für fehlende Verfügungsmacht nicht kennt.

5d) bb) Das Begründungsproblem

Die unmittelbare Ermächtigung durch den Berechtigten stößt auf keine Hindernisse. Anders liegt es dagegen beim Ersterwerb und beim Surrogationserwerb. Eine Erwerbsermächtigung ist nach geltendem Recht zu verneinen[35]). Das Unmittelbarkeitsprinzip gilt also auch für die Ermächtigung nur nicht auf Grund einer Lehre der Rechtsprechung, sondern auf Grund des positiven Rechts, das zur Ermächtigung die Rechtsinnehabung des Ermächtigenden voraussetzt. Hat dieser das Recht nicht inne, so muß der später zu Ermächtigende es ihm verschaffen. Das ist praktisch aber sehr umständlich. Es bestehen folgende Möglichkeiten:

1. Vertrag zugunsten Dritter,
2. Erwerb durch den, den es angeht,
3. offene Stellvertretung[36]),
4. Eigentumsübertragung oder Abtretung.

Alle diese Hilfskonstruktionen funktionieren nur, wenn der spätere Treuhänder bei ihnen mitwirkt. Bevor er das nicht tut, kommen die an sich nahezu vollkommenen Schutzwirkungen der ermächtigten Treuhand nicht zum Zug. Außer den Fällen der unmittelbaren Ermächtigung ist der künftige Treugeber also völlig auf den guten Willen des künftigen Treuhänders angewiesen. Das beeinträchtigt die praktische Verwendbarkeit der Ermächtigung außerordentlich.

---

35. Vgl. oben § 3 Abs. 5 c.

36. Der künftige Treuhänder tritt hier zunächst als offener Stellvertreter auf und erwirbt dadurch das Recht für den künftigen Treugeber. Im Augenblick, wo das Recht auf diesen übergegangen ist, ist dann auf Grund der Ermächtigung das Verfügungsrecht des Treuhänders entstanden, das er nun im eigenen Namen ausübt. Hierin liegt kein Widerspruch. Man muß nur die Begründung und die Rechtszuständigkeit bei diesem Vorgang unterscheiden.

5d) cc) Nachteile der Konkurrenz der Rechtszuständigkeit

Außer ihren ungünstigen Begründungsverhältnissen hat die ermächtigte Treuhand aber noch große Nachteile, die aus der Duplizität der Rechtszuständigkeit entstehen. Hierauf hat besonders Friedmann[37]) auf dem 36. Deutschen Juristentag hingewiesen:

„Die rechtliche Stellung des Treuhänders, der im eigenen Namen auf Grund eigener Rechtszuständigkeit Interessen wahrzunehmen hat, verträgt diesen grundsätzlichen Dualismus nicht. Der Treuhänder hat nur dann Eigenrechte, wenn er auf dem Gebiet, das ihm selbständig zugewiesen ist, in die Lage versetzt wird, ohne eine mit ihm kollidierende Macht tätig zu sein."

Wenn auch die Konkurrenz der Rechtszuständigkeit nicht notwendigerweise eine Kollision bedeuten muß, und wenn man auch Friedmann nicht folgen kann, daß beim Vorliegen einer Konkurrenz der Rechtszuständigkeit die Annahme einer Treuhänderschaft schlechthin unmöglich ist, so ist doch sicher, daß die Brauchbarkeit der Ermächtigung als Treuhandgrundlage durch diese Konkurrenz ganz beträchtlich herabgemindert wird. Mit einem Recht, über das zwei verschiedene Personen in gleicher Weise verfügen können, wird im Wirtschaftsleben nicht gern gearbeitet. Man will wissen, mit wem man es zu tun hat. Tritt man jedoch mit einem ermächtigten Treuhänder in Beziehung, kann man nie sicher sein, ob sich nicht ein Dritter einmischt, der berechtigt ist, über das Recht zu verfügen. Ein solcher Zustand ist aber für viele Geschäftsbeziehungen einfach unerträglich. Dies trifft im besonderen Maße zu für die Beziehungen der Banken gegenüber ihrer Kundschaft.

Dieser Fehler der ermächtigten Treuhand läßt sich auch nicht durch rechtsgeschäftliche Regelung aus der Welt schaffen, da die konkurrierende Verfügungsbefugnis nicht mit dinglicher Wirkung wegen § 137 BGB durch Vereinbarung beseitigt werden kann.

Zusammenfassung der Eignung der Ermächtigung als Treuhandgrundlage: Das Schutzproblem ist bei der ermächtigten Treuhand in geradezu idealer

37. Friedmann, Gutachten, S. 1016.

Weise gelöst. Dagegen befriedigen die Begründungsmöglichkeiten nicht. Außerdem setzt die konkurrierende Rechtszuständigkeit den praktischen Wert der Ermächtigung für die Treuhand stark herab.

6. Vollmacht

Die Frage, ob man die Vollmacht in den Kreis der eine treuhänderische Machtstellung begründenden Rechtsformen einbeziehen soll oder nicht, ist keine Rechtsfrage, sondern eine Frage der sprachlichen Begriffsbestimmung. Faßt man den Treuhandbegriff so weit, daß jedes mit einer selbständigen Macht verbundenes, auf Interessenwahrnehmung für einen anderen gerichtetes Rechtsverhältnis ein treuhänderisches sein soll, so fällt auch die Vollmacht hierunter[38]).

Dies geht jedoch zu weit. Der Begriff Treuhand würde dann rechtlich gar nichts mehr zum Ausdruck bringen, er hätte jeden praktischen Wert verloren[39]). Es muß daran festgehalten werden, daß die Selbständigkeit und Geschlossenheit der eigenen Rechtszuständigkeit eine unerläßliche Voraussetzung des treuhänderischen Interessenvertreters ist[40]), die sich nach außen durch das Handeln im eigenen Namen des Treuhänders offenbart. Dies ist auch die geltende sprachliche Bedeutung des Begriffes „Treuhand".

Zusammenfassung der treuhänderischen Begründungsmöglichkeiten eines Giroverkehrs: Als Rechtsgrundlage für einen treuhänderischen Giroverkehr kommen allein die Fiduzia und die Ermächtigung in Frage. In der Lösung des Schutzproblems ist die Ermächtigung der Fiduzia überlegen. In der Lösung des Begründungsproblems ist die Fiduzia der Ermächtigung überlegen. Zunächst ist für beide die Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung notwendig.

---

38. Emmerich: „Sanierung", I, S. 146 ff.; ders. GmbH.-Rundsch. 1931, S. 153; Beyerle: „Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts", S. 14 ff.; dieselbe Ansicht vertreten auch Max Wolff und Schless, erst jüngst wieder Rhode: „Juristische Person und Treuhand."

39. Siebert, a. a. O. S. 209, 312.

40. Treuhand ist eine Problematik des Sachenrechts.

Während dieses Erfordernis aber der Ermächtigung wegen ihrer Ableitung von dem Vollrecht des Ermächtigenden immanent ist, besteht es bei Fiduzia nur, soweit diese verdeckt ist[41]), bei der offenen Fiduzia tritt die Offenkundigkeit an die Stelle der Unmittelbarkeit. — Durch die Konkurrenz der Rechtszuständigkeit werden ferner bei der Ermächtigung die Rechtsverhältnisse unklar und unsicher, während bei der Fiduzia durch die Vollrechtsübertragung die Rechtslage einfach und sicher ist[42]). Im Endergebnis ist deshalb die Fiduzia der Ermächtigung als Grundlage eines Treuhandverhältnisses im Bankgewerbe überlegen.

§ 4. Das Anderkonto

1. Besondere Problemstellung der Treuhandkonten

Zu diesen allgemeinen Problemen der Treuhand sind bei den Treuhandkonten des Bankgewerbes einige neue hinzugetreten, die sich aus den besonderen Umständen dieser Treuhandfälle erklären:

1. Die Treuhandkonten sind Fälle der offenen Treuhand.

2. Unmittelbarkeit der Uebertragung des Treuguts kommt nur in den seltensten Fällen vor.

3. Zu dem allgemeinen Schutzproblem des Treugebers tritt ein zweites Schutzproblem, nämlich das der Bank, bei der der treuhänderische Anwalt das Anderkonto errichtet. Hier tritt eine deutliche Interessenkollision zwischen Bank und Treugeber auf. Die Bank verlangt eine unbeschränkte Verwaltungsberechtigung des Kontoinhabers, der Treugeber erstrebt eine möglichst weitgehende Rechtsstellung an der Guthabensforderung gegen die Bank.

---

41. Dies ist bei dem Begründungsproblem der Fiduzia, siehe § 3 Abs. 3, bereits angedeutet. Im übrigen beim Kapitel „Anderkonto".

42. Für den Treugiroverkehr gibt das neue Depotgesetz weitere Stärkungen für den Treugeber.

Auch der Treugiroverkehr muß sich banktechnisch der Treuhandkonten bedienen. Es erscheint darum zweckmäßig, auf die mit dem Treuhandkonto allgemein verbundenen Fragen vor der Behandlung der einzelnen Treugiroarten einzugehen[43]).

2. *Das Anderkonto im Bankgewerbe*

Der Sonderkontenverkehr hatte für die Banken und ihre Kundschaft Mißhelligkeiten gebracht, da auf diesen Konten häufig fremde Werte untergebracht wurden, die jedoch im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung des Kontoinhabers nicht als fremde anerkannt wurden. Andererseits entstanden für die Banken aus den differenzierenden Bezeichnungen der Sonderkonten Gefahren für den guten Glauben beim Erwerb des Pfandrechts. Im Interesse aller Beteiligten war deshalb eine klare Trennung der eigenen und fremden Werte der Kontoinhaber erforderlich.

Aus diesem Grund sind 1931 im Bankgewerbe neben „den Konten — Stammkonto und Sonderkonto — für eigene Zwecke des Kontoinhabers (Eigenkonten), für Rechtsanwälte und Notare, Konten errichtet worden, die nicht eigenen Zwecken des Kontoinhabers dienen sollen und die nicht Bestandteil eines einheitlichen Kontokorrents sind (Anderkonten)[44]), bei denen aber gleichwohl der Anwalt — wie bei seinen Eigenkonten — der Bank gegenüber der allein berechtigte und verpflichtete Kontoinhaber ist"[45]).

Ueber die Frage der treuhänderischen Rechtsform des Anderkontos schweigt sich der Formularvertrag aus. Es ist deshalb zu prüfen, welche der beiden Möglichkeiten — Ermächtigung oder Fiduzia — hier in Frage kommt.

43. Vor allem auch deshalb, weil das Anderkontenrecht verhältnismäßig eingehend bereits in der Literatur behandelt worden ist, vgl. das Literaturverzeichnis, während die Rechtsgrundlagen des Treugiroverkehrs so gut wie überhaupt noch nicht in der Wissenschaft erörtert worden sind.

44. Der Name stammt von Opitz. Eine vorbildliche Sprachschöpfung, eine wirkliche Bereicherung unserer deutschen Rechtssprache. — Das Wort „Treuhandkonto" ist absichtlich vermieden, weil es den Oberbegriff für Anderkonten und Fremdkonten darstellt.

45. Aus dem Formularvertrag für Anderkonten, wie er in die Geschäftsbedingungen der Banken aufgenommen worden ist.

3. Ist die Ermächtigung Grundlage des Anderkontos?

3a) Begründungsproblem

Hier liegen bedeutende Konstruktionsschwierigkeiten. Die Unmittelbarkeit der Rechtsübertragung des Treuguts liegt nämlich so gut wie nie vor, weil sich regelmäßig die Bank einschaltet. In den Normalfällen entsteht das Anderkontoguthaben durch Einzahlung, Ueberweisung oder durch Einziehungsgeschäfte (Scheck, Wechsel usw.), wobei die auf dem Anderkonto eingegangenen Werte entweder von dem Anderkontoinhaber oder von dem Treugeber oder von einem Dritten kommen. In allen diesen Fällen wird die Bank zunächst Eigentümer der eingegangenen Werte: Geld oder Effekten, und erst von ihr aus erhält der Treuhänder die Guthabensforderung, das Treugut. Von Unmittelbarkeit des Erwerbs vom Treugeber ist also keine Rede.

Nur in einem einzigen Fall besteht die Möglichkeit einer direkten Ermächtigung. Wenn nämlich der Treugeber bereits ein Guthaben bei der Bank hat und dieses auf ein Anderkonto des Treuhänders umschreiben läßt. Hierin läge nur die Ermächtigung, über dieses Konto als ermächtigter Treuhänder zu verfügen. Aber auch in diesem Fall ist die Annahme der Unmittelbarkeit nur richtig, wenn man die gewöhnliche Banküberweisung als Abtretung betrachtet. Die herrschende Lehre sieht jedoch in der Banküberweisung einen Verzicht des belasteten und die vertragliche Begründung eines neuen, selbständigen Schuldversprechens der Bank in Höhe der Gutschrift gegenüber dem Empfänger. Auch hier würde der Ermächtigte sein Recht von der Bank und nicht unmittelbar vom Treugeber erhalten.

Die Ermächtigung könnte in allen diesen Fällen also nur dadurch zustande kommen, daß der Anwalt seinem Mandanten die Forderung gegen die Bank verschafft und dann von ihm ermächtigt wird. Dies ist wie oben gezeigt[46]) auf viererlei Art möglich: 1. Durch Vertrag zugunsten Dritter, 2. durch Erwerb durch den, den es angeht, 3. durch offene Stellvertretung, und 4. durch Abtretung. Bei all diesen Verfahren muß aber nicht nur

---

46. S. 29.

der Anwalt einen entsprechenden Willen haben und betätigen, sondern auch die Bank muß einverständlich mitwirken. 1. Die Bank muß mit dem Anderkontoinhaber ausmachen, daß ein Dritter das Recht erwerben soll, oder 2. der Bank muß es zum mindesten gleichgültig sein, wer das Recht erwirbt, oder 3. die Bank muß erkennen können, daß der Anderkontoinhaber als offener Stellvertreter auftritt und damit einverstanden sein, daß er für einen anderen erwirbt, und schließlich 4. darf die Bank die Möglichkeit einer Abtretung nicht nach § 399 BGB ausgeschlossen haben.

Tatsächlich hat die Bank jedoch in allen diesen Fällen gerade den entgegengesetzten Willen. Sie hat keinen Grund, durch Verschaffung einer Rechtsstellung für den Treugeber Unzuträglichkeiten auf sich zu nehmen. Sie will allein mit dem Anderkontoinhaber zu tun haben. Dieser Wille geht klar aus dem Formularvertrag hervor. Hier wird immer der Anwalt als Kontoinhaber bezeichnet, während bei der Ermächtigung der Treugeber rechtlich Kontoinhaber wäre und der Anwalt nur Verfügungsberechtigter. In Nr. 1 Abs. 2 des Formularvertrages heißt es weiter:

„. . . Anderkonten, bei denen aber gleichwohl der Anwalt — wie bei seinen Eigenkonten — der Bank gegenüber der allein berechtigte und verpflichtete Kontoinhaber ist."

Klarer kann kaum zum Ausdruck kommen, daß Anwalt wirklicher Gläubiger des Anderguthabens ist. Für einen Vertrag zugunsten Dritter, Erwerb durch den, den es angeht, offene Stellvertretung ist also hier kein Raum. Der treuhänderische Anwalt erwirbt die Anderguthabenforderung in eigener Person. Er kann sie auch nicht nachträglich an den Treugeber abtreten und dadurch den Weg für die Ermächtigung freimachen, denn Nr. 6 des Formularvertrages verbietet die Abtretung von Ansprüchen aus dem Anderguthaben. Damit sind aber alle Begründungsmöglichkeiten für die Ermächtigung erschöpft: die Ermächtigung scheidet als Treuhandverhältnis für das Anderkonto aus[47]).

47. Es ist interessant festzustellen, daß es nicht die Schwierigkeiten der mittelbaren Begründung sind, die dieses Ergebnis herbeigeführt haben, denn theoretisch besteht die rechtliche Möglichkeit, das Anderkonto als

4. Ist die Fiduzia Grundlage des Anderkontos?

Bei der eben behandelten Ermächtigung hat sich gezeigt, daß bei dem Anderkonto der Treuhänder das Treugut praktisch nie unmittelbar vom Treugeber erhält. Da das RG aber bisher kategorisch diese Unmittelbarkeit zur Begründung eines fiduziarischen Treuverhältnisses verlangt hat, wäre damit bereits die in der Ueberschrift gestellte Frage verneint. Für das Anderkontenrecht kann man sich jedoch mit dem vom RG aufgestellten Erfordernis der Unmittelbarkeit nicht abfinden.

Es ist oben[48]) bereits dargelegt, daß das RG die Unmittelbarkeitslehre nur als Verlegenheitslösung für die mangelnde Offenkundigkeit des normalen fiduziarischen Treuhandverhältnisses geschaffen hat. Bei dem Anderkonto ist aber dieser behelfsmäßige Publizitätsersatz der Unmittelbarkeit nicht erforderlich. Das Anderkonto bietet durch seine Offenkundigkeit einen besseren Schutz „für die Verkehrs- und Kreditsicherheit" als die Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung. Bei dem offenkundigen Anderkonto kann keine Rede davon sein, daß auch bei mittelbarer Treugutsbegründung „der Begriff des Treuhandverhältnisses ins ungewisse zerfließen" würde. Der Sinn der Anderkonten ist ja gerade, alles Ungewisse aus der Welt zu schaffen und eine klare Abgrenzung der eigenen Werte des Kontoinhabers von denen, die er als Treuhänder hält, zu ermöglichen.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz, so notwendig er für die verdeckte fiduziarische Treuhand war, hat hier seinen Sinn verloren.

Nicht zu vergessen ist, daß man sich bei diesen ganzen Erwägungen auf dem Gebiet der Billigkeit befindet, die das RG selbst zu einem wichtigen Gesichtspunkt des Treuhandrechts gemacht hat. Welche Forderungen aber bei dem Anderkonto an die Billigkeit gestellt werden, hat Opitz[49]) überzeugend ausgeführt:

Ermächtigung aufzubauen, sondern daß die die Interessen der Bank verletzende Konkurrenz und Kollision der Rechtszuständigkeit der Ermächtigung beim Anderkonto zum Verhängnis geworden ist. Vgl. oben § 3 Absatz 5d) cc).

48. Vgl. oben § 3 Abs. 3.

49. Opitz, BankArch. XXXIII Nr. 8, S. 86.

„Die Einrichtung der Anderkonten hat öffentliches Interesse. Sie ist geschaffen und wird getragen von den Ständen, die mit der Verwaltung von Treugut befaßt sind. Das Vertrauen des Publikums zu den berufsmäßigen Verwaltern seines Vermögens soll durch diese Einrichtung gehoben werden. Das öffentliche Vertrauen würde aber nicht gehoben, sondern erschüttert werden, wenn die persönlichen Gläubiger des Anderkontoinhabers auf die von ihm bankmäßig verwalteten Anderkontenwerte Zugriff haben sollten. Das würde der Forderung nach ‚Billigkeit' nicht entsprechen."

Diesen Standpunkt vertreten alle, die sich bisher in der Literatur zu dem Unmittelbarkeitsprinzip geäußert haben[50]). Es ist nicht daran zu zweifeln, daß die Rechtsprechung sich dieser einhelligen und einzig praktischen Ansicht anschließen wird.

Dies war der Stand der Streitfrage bis zum 4. Februar 1937. Durch das Erscheinen des neuen Depotgesetzes ist jedoch die ganze Angelegenheit in ein neues Stadium eingetreten, da dieses Gesetz den Treugutserwerb von Dritten sanktioniert hat. In § 42 Abs. 1 DepG heißt es nämlich:

„. . . für Fälle vorschreiben, in denen Kaufleute als Treuhänder für Dritte Wertpapiere besitzen oder e r w e r b e n."

Durch diesen Wortlaut ist es gleichsam als Selbstverständlichkeit behandelt, daß man als Treuhänder für Dritte Wertpapiere erwerben kann. Damit gehört die uneingeschränkte Unmittelbarkeitslehre des RG der Vergangenheit an[51]), und damit sind auch die Begründungsschwierigkeiten für die Fiduzia beim Anderkonto behoben. Der fiduziarische Charakter des dem

---

50. Außer Opitz, Ängenheister: „Das Treuhandkonto", JW. 1934, Heft 51/52; Guthmann: „Das Anderkonto der Wirtschaftsprüfer", in „Der Wirtschaftsprüfer" 1933, S. 434; Karger, von: „Das Anderkonto", DJW. 1934, S. 117. Heinz Opitz, Diss. 1936: „Die Rechtsgrundlagen des Anderkontos", Tewaag, Diss.: „Das Anderkonto" und die übrige dort angegebene Literatur.

51. Schon im Aufwertungsgesetz § 3 Z. 7 heißt es: „Bei Erwerb auf Grund eines Treuhandverhältnisses der Erwerb durch den Geschäftsherrn, oder wenn zuerst der Treuhänder das Recht erworben hat . . ." Hier hat man gesagt, es sei nur eine Ausnahmeregelung, damit kann man den einschlägigen § 42 nicht abtun.

Anderkonto zugrunde liegenden Treuhandverhältnisses sollte nun nicht mehr zweifelhaft sein.

Eigenartigerweise hat sich Opitz, der Wortführer einer Einschränkung der Unmittelbarkeitslehre, die nur für die Fiduzia einen Sinn haben kann, gegen den fiduziarischen Charakter der Anderkonten ausgesprochen[52]:

„Richtig ist, daß einige Abreden aus den Geschäftsbedingungen so anmuten (z. B. Nr. 4), sie machen aber das Charakterbild nicht aus."

An anderer Stelle betrachtet Opitz Anderkonto und fiduziarisches Konto sogar als Gegensätze[53]:

„Jedes bei der Bank geführte Konto, nicht nur das sog. Sonderkonto, kann an sich vom Kontoinhaber zu Treuhandzwecken benutzt werden. Dann würde es sich um ein nicht offenkundiges Treuhandkonto handeln. Solche rein fiduziarischen Treuhandkonten verdecken das Treugut, vermischen Fremdes mit Eigenem und bereiten naturgemäß erhebliche rechtliche Schwierigkeiten, wenn es gilt, aus dem Guthaben das Treugut als dinglich oder quasidinglich herauszuschälen. Sie sollten aus dem Treuverkehr verschwinden und den Anderkonten Platz machen."

Damit ist aber nichts über die treuhänderische Eigenart des Anderkontos gesagt. Auf der anderen Seite räumt Opitz ein, daß „es sich zwangsläufig ergibt, daß der Anderkontoinhaber als Herr des Kontos festgelegt wird und insoweit ein fiduziarischer Gedanke verwertet wird."

Auch lehnt Opitz die Ermächtigung aus denselben Gründen, die hier vorgetragen wurden, ab. Andererseits soll die Ermächtigung auch wieder nicht ganz ausgeschieden werden[54]:

„Diese rechtliche Konstruktion (die Ermächtigung. Der Verfasser) gewinnt erst Bedeutung für den Fall des Zugriffs der persönlichen Gläubiger des Anderkonteninhabers und hat insoweit auch im Anderkontenrecht ihren guten Sinn."

---

52. Opitz, BankArch. XXXIII Nr. 8, S. 85.
53. Opitz, BankArch. XXXIII Nr. 8, S. 82.
54. Opitz, BankArch. XXXIII Nr. 8, S. 85/86.

Es ist nicht verständlich, wieso im Augenblick des Gläubigerzugriffs die Ermächtigung, die bisher im Interesse der Bank nicht zugelassen war, Wirkungen äußern soll und kann. Nach Opitz[55]) liegt

„es eben so, daß bei den Geschäftsbedingungen für Anderkonten die verschiedenen Rechtslehren für die Bedürfnisse des Anderkontenverkehrs ausgenützt worden sind."

Wenn damit eine Vermischung von Fiduzia und Ermächtigung gemeint sein soll, so kann einer solchen Ansicht nicht gefolgt werden. Es handelt sich hier um dingliche Berechtigungen, für die Typenzwang besteht und die nicht kombiniert oder durch vereinbarte neue Formen ersetzt werden können. Es gibt nur die Wahl zwischen Fiduzia und Ermächtigung, die nach dem Gesagten nur zugunsten der Fiduzia ausfallen kann, was ernstlich nicht mehr bestritten werden sollte[56]).

Friedmann hat noch behauptet, die Anderkonten könnten deshalb keine fiduziarischen sein, weil Fiduzia und offene Treuhandschaft sich gegenseitig ausschließen würden. Das kann nicht anerkannt werden[57]). Die offene Fiduzia hat einen guten Sinn: der als offener Treuhänder auftretende Fiduziar erklärt: ich bin Vollrechtsinhaber, aber nur fiduziarischer, d. h. im Interesse eines anderen. Beim Anderkonto sind sich die Beteiligten also klar, daß Gläubiger der Guthabenforderung der Fiduziar und nur er ist. In dieser Richtung ist bemerkenswert, daß der Formularvertrag nie davon spricht, daß auf dem Anderkonto „fremde" Werte des Treuhänders untergebracht werden, sondern es heißt nur, diese Konten „dienen nicht eigenen Zwecken des Kontoinhabers".

Zusammenfassung: Das Anderkonto beruht auf einem fiduziarischen Treuhandverhältnis, und zwar auf einem offenen, für das die Unmittelbarkeitslehre nicht mehr zum Zug kommt. Durch diese Neuerung hat das Anderkonto das deutsche Treuhandrecht um ein gutes Stück vorwärtsgebracht, und nicht zuletzt durch diese Vervollkommnung ist die Treuhandgrundlage für den Giroverkehr möglich geworden.

55. Opitz, BankArch. XXXIII Nr. 8, S. 85.
56. Heinz Opitz, Diss.; Ängenheister, a. a. O.
57. Ebenso Siebert, a. a. O.

§ 5. Schuldbuchgiroverkehr

1. Wirtschaftliche Gründe

Bei der Betrachtung des Schuldbuchgiroverkehrs muß man zwischen den beiden heute vorhandenen Arten von Schuldbuchforderungen unterscheiden:

1. Schuldbuchforderungen, die auf Grund des Gesetzes über die Ablösung öffentlicher Anleihen vom 16. Juli 1925 in das Reichsschuldbuch eingetragen sind,

2. Schuldbuchforderungen, die auf Grund des Kriegsschädenschlußgesetzes vom 30. März 1928 in das Reichsschuldbuch eingetragen sind. Nur für die Forderungen dieses neuen Schuldbuchs ist ein Giroverkehr eingerichtet[58]).

Der Grund hierfür liegt in der verschiedenen Rechtsnatur der Forderungen der beiden Schuldbücher. Die Anleiheablösungsschuldbuchforderungen können nach § 8 Abs. 3 des Reichsschuldbuchgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 1910 jederzeit in Schuldverschreibungen umgewandelt werden. Diese Schuldverschreibungen nehmen im vollen Umfang am Wertpapierhandel teil. Bei den Schuldbuchforderungen des Kriegsschädenschlußgesetzes verbietet jedoch § 10 dieses Gesetzes die Löschung der Forderung im Reichsschuldbuch gegen Ausreichung einer Schuldverschreibung. Durch dieses Verbot sollte verhindert werden, daß der Anleihemarkt mit Entschädigungspapieren überschwemmt würde. Durch die unbequemen notariellen Formen, die zur Gläubigerumschreibung im Schuldbuch erforderlich waren, schien eine gewisse Stabilität der Vermögensanlage gesichert. Diese vom Gesetzgeber absichtlich herbeigeführte Unbeweglichkeit der Schuldbuchforderungen war für das Wirtschaftsleben aber nicht tragbar, deshalb führten verschiedene deutsche Effektengirobanken am 26. November 1928 zur Mobilisierung dieser Schuldbuchforderungen einen Schuldbuchgiroverkehr ein.

58. Nachträglich sind dann noch die auf Grund der Polenschädenverordnung vom 14. Juli 1930 eingetragenen Reichsschuldbuchforderungen (Polenschädenschuldbuchforderungen) zum Schuldbuchgiroverkehr zugelassen worden. Vgl. Rundschreiben der Bank des Berliner Kassenvereins vom 6. November 1930.

2. Die Bestimmungen über den Schuldbuchgiroverkehr

Der Schuldbuchgiroverkehr wird in der Praxis folgendermaßen durchgeführt[59]: Die Effektengirobank eröffnet Banken und Bankiers auf Antrag Schuldbuchgirokonten. Die kontoinhabende Bank veranlaßt nun ihre Kunden, die Schuldbuchforderungen haben, bei der Reichsschuldenverwaltung einen Antrag auf Umschreibung der Forderung auf die Effektengirobank zu stellen. Die Reichsschuldenverwaltung nimmt sodann die Umschreibung auf die Effektengirobank vor. Nach Eingang der Nachricht der Reichsschuldenverwaltung von der auf den Namen der Effektengirobank erfolgten Eintragung schreibt die Effektengirobank den eingetragenen Betrag der betreffenden Bankfirma auf Schuldbuchgirokonto gut und erteilt ihr über die erfolgte Gutschrift unter Angabe des Antragstellers Gutschriftanzeige.

Mit der Eintragung der Effektengirobank als Gläubigerin in das Reichsschuldbuch erhält sie den Kontoinhabern gegenüber die Stellung einer Treuhänderin.

Um zwischen den einzelnen deutschen Effektengirobanken einen Schuldbuchferngiroverkehr durchführen zu können, ist jede Effektengirobank berechtigt, bei den anderen Effektengirobanken Treuhandguthaben für Rechnung ihrer Kontoinhaber als Treuhänderin zu unterhalten.

Die Kontoinhaber können über die ihnen gutgeschriebenen Treuhandforderungen in jedem beliebigen vollen Reichsmarkbetrag verfügen, im Gegensatz zu den Umschreibungen im Reichsschuldbuch, die nach dem Gesetz entweder nur in Höhe der Gesamtforderung oder in durch 50 teilbaren Reichsmarkbeträgen zulässig sind.

Verfügungen über Schuldbuchgirokonten erfolgen nur durch Schuldbuchgiroschecks. Es werden rote und grüne Schecks ausgegeben. Die roten Schecks werden zur Uebertragung einer Treuhandforderung von einem Schuldbuchgirokonto auf ein anderes verwendet. Die grünen Schecks dienen zur Verpfändung von

---

59. Die folgende Darstellung beruht auf den 10 Paragraphen umfassenden Bestimmungen der Bank des Berliner Kassenvereins über den Schuldbuchgiroverkehr vom 1. Mai 1930, die auch für die übrigen Effektengirobanken Vorbild waren.

Treuhandforderungen. Nach Empfang des grünen Schuldbuchgiroschecks bucht die Effektengirobank die in ihm bezeichnete Treuhandforderung von dem Schuldbuchgirokonto des Ausstellers ab und verbucht sie für den bezeichneten Pfandgläubiger auf Pfandkonto. Über die erfolgte Verbuchung erhält der Pfandgläubiger eine grüne Gutschriftsanzeige.

Jeder Schuldbuchgirokontoinhaber hat jederzeit das Recht, daß die auf den Namen der Effektengirobank in dem Reichsschuldbuch eingetragene Forderung wieder auf den Namen eines von ihm zu bezeichnenden Dritten in das Reichsschuldbuch eingetragen wird.

3. Rechtliche Beurteilung des Schuldbuchgiroverkehrs

Der Girovertrag, den die Parteien zur Durchführung des Giroverkehrs schließen, enthält mehrere rechtliche Elemente. Abgesehen von den Nebenerscheinungen der Verpfändung und des Ferngiros, besteht er aus einem Rechtsverhältnis, auf dem das Giroguthaben beruht, das ist hier die Treuhand, und zweitens aus vertraglichen Beziehungen hinsichtlich der Giroüberweisung. Diese beiden rechtlichen Tatbestände: Treuhandguthaben und Giroüberweisung sind deshalb zu untersuchen.

3a) Das Treuhandverhältnis

3a) aa) Das doppelte Treuhandverhältnis

Bei dem Schuldbuchgiroverkehr liegen regelmäßig zwei Treuhandverhältnisse hintereinandergeschaltet:

1. Kunde — Bank — Girobank,

2. Bank — Girobank — Schuldbuchverwaltung.

Das braucht nicht so zu sein. Ein einziges Treuhandverhältnis liegt dann vor, wenn die dem Giroverkehr angeschlossene Bank selbst Gläubigerin einer Schuldbuchforderung und als solche im Schuldbuch eingetragen ist. Auf der anderen Seite kann auch ein drittes oder noch mehr Treuhandverhältnisse vorliegen, wenn sich noch ein oder mehrere Provinzbankiers einschalten. Diese weiteren Treuhandverhältnisse entsprechen aber genau dem 1. Treuhandverhältnis: Kunde — Bank — Girobank.

Es braucht deshalb nur der Normalfall mit dem doppelten Treuverhältnis untersucht zu werden.

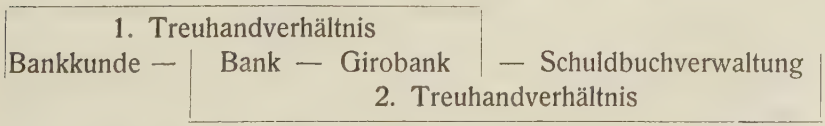
Ebenso wie beim Anderkonto sind an diesem Schuldbuchtreugiroverhältnis drei Beteiligte vorhanden. Warum das so ist, ist schon oben gezeigt worden. Wenn Treugut eine Forderung ist, tritt noch der Schuldner dieser Forderung in Beziehung zu dem Treuverhältnis. Das ist die Bank als kontoführende Stelle des Treuhänders. Ist dagegen Treugut eine Sache, z. B. Geld oder Silber, so beschränkt sich das Treuverhältnis immer auf zwei Beteiligte.

Welche Rollen die Beteiligten bei den beiden hintereinandergeschalteten Treuhandverhältnissen spielen, soll die folgende Aufstellung verdeutlichen:

	Treugeber	Treuhänder	Treugut-schuldner	Treugut
Anderkonto:	Klient	Anwalt	Bank	Forderung des Anwalts gegen Bank
1. Schuldbuchgiro-treuhandverhältnis:	Bankkunde	Bank	Girobank	Schuldbuch-giroforderung
2. Schuldbuchgiro-treuhandverhältnis:	Bank	Girobank	Schuldbuch-verwaltung	Schuldbuch-forderung

Aus dieser Aufstellung erhellt zunächst, daß die offenen Treuhandkonten des Schuldbuchgiroverkehrs nicht wie das Anderkonto beim Treugutschuldner geführt werden, sondern bei dem Treuhänder selbst.

Weiter ist aus der Aufstellung ersichtlich, daß die Bank und die Girobank an beiden Treuhandverhältnissen beteiligt sind. Die Girobank einmal als Treuhänder und einmal als Treugutschuldner; die Bank einmal als Treugeber, einmal als Treuhänder:



Die Doppelstellung der Bank und der Girobank kompliziert die Sachlage etwas, z. B. ist das Schuldbuchgirokonto für die

treuhänderische Girobank ein offenes Treuhandkonto (2. Treuhandverhältnis), dasselbe Schuldbuchgirokonto ist für die Bank ein verdecktes Treuhandkonto (1. Treuhandverhältnis). Man muß deshalb immer scharf unterscheiden, welches Treuhandverhältnis betrachtet wird und in welcher Rolle der Beteiligte mitwirkt.

3a) bb) Das 1. Treuhandverhältnis: Kunde — Bank — Girobank

I. Die Ermächtigung

Treugut ist hier die Schuldbuchgiroforderung, d. h. die Treuhandforderung gegen die Girobank. Diese entsteht für die Bank durch die Gutschrift bei der Girobank. Eine unmittelbare Ermächtigung durch den Treugeber liegt also hier nie vor.

Wie bei dem Anderkonto könnte man den für die Ermächtigung nötigen Rechtserwerb des Treugebers (Bankkunden) an dem Treugut noch auf folgende Möglichkeiten konstruieren:

1. Vertrag zugunsten Dritter,
2. Erwerb durch den, den es angeht,
3. offene Stellvertretung,
4. Abtretung.

Die Fälle 1—3 sind aus denselben Gründen abzulehnen wie beim Anderkonto. Auch die Girobank muß wissen, mit wem sie es zu tun hat. Sie kann nicht dulden, daß neben ihrem Girokontoinhaber plötzlich ein zweiter Verfügungsberechtigter auftaucht und an sie Ansprüche aus der Treuhandforderung stellt. Das ist nicht nur im Interesse der Girobank, sondern auch im Interesse der klaren Abwicklung des Giroverkehrs zu vermeiden. In den Bestimmungen über den Schuldbuchgiroverkehr ist deshalb ausdrücklich gesagt worden, daß die Girobank nur ihre Girokunden als Gläubiger der Schuldbuchgiroforderungen betrachtet. (§ 4) „. . . die Treuhandforderungen werden den bezeichneten Kontoinhabern und zwar nur diesen gutgeschrieben." Die Worte „nur diesen" sind im Text der Bestimmungen fettgedruckt. Unter diesen Umständen ist für keinen der Fälle 1—3 hier Raum.

Es bleibt die Abtretung. Beim Anderkonto war die Abtretung ausdrücklich durch den Formularvertrag ausgeschlossen. Bei diesem Verbot war weniger an die Möglichkeit einer Veruntreuung des Treuguts durch den Anwalt gedacht worden, vielmehr wollte die Bank bei den Anderkonten verhindern, daß der Treuhänder seine Forderung an den Treugeber abtrat und dann von diesem eine Verfügungsermächtigung erhielt, so daß die Bank sich zwei Berechtigten gegenüber gesehen hätte. Die Girobank befindet sich in derselben Interessenlage. Wenn sie in den „Bestimmungen" auch ein Abtretungsverbot nicht ausdrücklich formuliert hat, so ergibt sich doch ihr dahingehender Wille daraus, daß sie nur Banken und Bankiers zu dem Giroverkehr zugelassen hat. Würde nun eine dem Girokreis angehörende Bank ihre Girokontoforderung einem Outsider abtreten, so würde dieser als Gläubiger der Giroforderung in den Giroverkehr hineingezogen werden, was nach den Bestimmungen ausgeschlossen ist. In der Beschränkung des Giroverkehrs auf Banken und Bankiers liegt deshalb ein Abtretungsverbot im Sinne des § 399 Abs. 1 BGB.

§ 392 HGB läßt sich vielleicht als selbständiger Widerspruchs- und Aussonderungsgrund heranziehen, keinesfalls aber als Begründungsmöglichkeit für eine Ermächtigung. Durch diesen Paragraphen wird die Fiktion aufgestellt, daß der Kommittent im Verhältnis zu dem Kommissionär und seinen Gläubigern Gläubiger der Forderung sei. („Gilt.") Es ist jedoch nicht Sinn der Vorschrift, daß der Kommittent durch diese Fiktion die Rechtsmacht zu einer Ermächtigung erhält.

Nach Erschöpfung aller Begründungsmöglichkeiten der Ermächtigung komme ich zu dem Schluß, daß für das 1. Treuhandverhältnis die Ermächtigung ausscheidet.

II. Die Fiduzia

Unmittelbarer Erwerb des Treuguts vom Treugeber durch den Treuhänder liegt nie vor, wie schon bei der Ermächtigung gezeigt worden ist. Da auch eine Abtretung an den Treugeber mit Rückübertragung an den Treuhänder nicht in Frage kommt, sind die Möglichkeiten für die Begründung der Fiduzia nach den vom RG aufgestellten Grundsätzen bereits erschöpft. Hier kann nur die neue Offenkundigkeitslehre helfen und die fehlende Un-

mittelbarkeit durch eine genügende Verlautbarung des Treuhandverhältnisses ersetzt werden[60]).

Wie steht es nun in der bisherigen Praxis des Schuldbuchgiroverkehrs mit der Offenbarung des Treuhandverhältnisses? Liegt es ebenso wie beim Anderkonto, so daß die dort aufgestellten Sätze übernommen werden können? Ein Vergleich mit dem Anderkontoverhältnis zeigt zunächst, daß beim Schuldbuchgiroverkehr Treuhänder eine Bank ist und Schuldner des Treuguts ebenfalls eine Bank. Banktechnisch wird bei beiden Banken für das Treugut ein Konto geführt, so daß hier zum Unterschied vom Anderkontoverhältnis zwei bankmäßige Treuhandkonten vorliegen. Wären beide offene Treuhandkonten, so müßten sie folgendes zum Ausdruck bringen: die Verbuchung auf dem Konto bei der Girobank müßte erklären: Gläubiger der Schuldbuchgiroforderung ist die X-Bank als Treuhänderin ihrer Kunden. Die Verbuchung bei der X-Bank müßte erklären: Ich bin treuhänderischer Gläubiger der Schuldbuchgiroforderung und begründe hinsichtlich dieser Forderung einen treuhänderischen Anspruch meines Kunden.

Tatsächlich werden die Buchungen folgendermaßen vorgenommen: Die Girobank erkennt die X-Bank auf „Schuldbuchgirokonto", die X-Bank erkennt ihren Kunden auf „Depotkonto". Die Girobank tut also ein zuwenig, die X-Bank ein zuviel. Aus dem Wort „Schuldbuchgirokonto" ist nicht ohne weiteres zu ersehen, daß die X-Bank auf diesem Konto nur treuhänderisch, im Interesse ihrer Kunden Schuldbuchforderungen gutgeschrieben erhalten hat. Und tatsächlich ist es auch nicht so. Vielmehr führen die an dem Giroverkehr angeschlossenen Banken auch ihre eigenen Schuldbuchforderungen über die Schuldbuchgirokonten. Ja, der Fall, daß gelegentlich oder vorübergehend n u r eigene Schuldbuchforderungen auf dem Schuldbuchgirokonto der

---

60. Käme man wegen der mangelnden Unmittelbarkeit zu einer Verneinung eines Treuhandverhältnisses, so hätte, da die Schuldbuchgiroforderung an den Kunden nicht abgetreten werden kann, dieser kein Widerspruchsrecht (§ 771 usw.). § 392 HGB hilft nur, solange das Kommissionsverhältnis andauert. Im Augenblick, wo die Bank das Kommissionsgut ihrem Kunden gutschreibt, sei es auf Depot-, Treuhand- oder Stückekonto, hört das Kommissionsverhältnis auf und damit auch die Wirkung des § 392.

Bank liegen, ist durchaus denkbar und wahrscheinlich. Man kann also nicht sagen, daß durch die Bezeichnung „Schuldbuchgirokonto" der treuhänderische Charakter des Kontos für den Kontoinhaber verlautbart worden wäre. Es liegt kein offenes Treuhandkonto vor. Hier liegt der Hauptunterschied zum Anderkontoverhältnis, wo das treuhänderische, offene Anderkonto die Rolle des verdeckten Girokontos hat. — Greifen im Konkurs der Bank deren Gläubiger nach ihren Schuldbuchgiroguthaben, so wird der Bankkunde ihnen jedenfalls nicht mit Hinweis auf die Kontobezeichnung die Offenkundigkeit der Treuhand behaupten und aussondern können.

Bei dem für ihren Kunden bei sich selbst geführten Konto bringt die Bank allerdings sehr deutlich die fremde Bindung der Schuldbuchgiroforderung zum Ausdruck. Sie verbucht sie nicht nur auf Treuhandkonto, um damit das fremde Interesse, das an dieser Forderung besteht, zum Ausdruck zu bringen, sondern sie verbucht sie sogar auf „Depotkonto", was nach außen heißt: Gläubigerin der Schuldbuchforderung ist der Kunde. Käme es allein auf dieses Konto an, so würde seine Bezeichnung im Konkurs der Bank ihren Gläubigern mehr als genug zeigen, daß es sich hier nicht um eigene Werte im eigenen Interesse handelt.

Welches Treuhandkonto soll man nun für die Frage der Verlautbarung entscheiden lassen? Das Schuldbuchgirokonto bei der Girobank oder das „Depotkonto" bei der X-Bank? Diese Frage läßt sich abstrakt gar nicht entscheiden. Es kommt allein darauf an, daß das treuhänderische Moment genügend offenbart wird. Die Mittel zur Erreichung dieses Zieles sind gleichgültig. Nun erscheint das Girokonto für den Zweck der Offenbarung des Treuhandverhältnisses zunächst besser geeignet zu sein, denn durch dieses Guthaben bei der Girobank und dessen Kontobezeichnung tritt die X-Bank nach außen auf, während ihre eigene Buchung primär internen Charakter hat. Es läßt sich deshalb nicht bestreiten, daß beim Schuldbuchgiroverkehr die Bank nach außen uneingeschränkt im eigenen Namen auftritt. Ob im Fall eines Zugriffs der Gläubiger der Bank der Hinweis auf die eigene Kontoführung, aus der sich die Treuhandschaft ergibt, im Hinblick auf die Rechtsprechung des RG genügen wird, um durch die Offenkundigkeit die Unmittelbarkeit auszuschließen,

erscheint zweifelhaft. Sonst hätte man auch beim Treuhandverhältnis des Anwalts keine Trennung seiner eigenen und treuhänderischen Konten gebraucht, sondern mit Hinweis auf seine eigene Buchführung eine genügende Offenheit des Treuhandverhältnisses annehmen können. Diese Erwägungen zeigen jedenfalls, daß die Offenheit des Treuhandverhältnisses beim Anderkonto größer ist als bei dem Schuldbuchgirotreuhandverhältnis.

Trotz dieser Bedenken möchte ich auch in der bisherigen Schuldbuchpraxis eine genügende Offenkundigkeit der treuhänderischen Stellung der am Girokreis beteiligten Banken annehmen, und zwar im wesentlichen aus zwei Gründen:

1. Wenn auch die Girokunden gelegentlich eigene Werte über die Girokonten führen, so kann man doch den Satz aufstellen, Regel ist, daß über Girokonten fremde Werte geführt werden; die eigenen Werte sind die Ausnahme. Das liegt im Sinn des Giroverkehrs, in einer Hand die Werte vieler Personen, d. h. also fremde Werte zusammenzufassen, um den Verkehr durch bloße Buchungen durchzuführen. So faßt jede der am Girokreis beteiligten Banken die Werte ihrer Kundschaft zusammen und die Girobanken wieder die Werte der angeschlossenen Bankfirmen. Wenn deshalb ein Gläubiger eines Girokontoinhabers an dieses Konto herangeht, muß er von vornherein damit rechnen, daß er keine eigenen Werte seines Schuldners auf diesem Konto vorfindet. Allein in dem Girocharakter dieser Konten liegt deshalb schon ein Indiz für die Fremdheit der auf diesen Konten verbuchten Werte.

2. Die eigenen Buchungen der treuhänderischen Bank haben doch mehr als internen Charakter. Der vollstreckende Gläubiger kann sich, gewarnt durch das Indiz der Fremdheit der Schuldbuchgiroforderung, jederzeit durch die Kontoführung seiner Schuldnerin über die Verhältnisse des Schuldbuchgirokontos Klarheit verschaffen.

Wenn vorher gesagt wurde, die internen Buchungen des treuhänderischen Anwalts genügen nicht für die Offenbarung, so ist damit noch lange nicht das gleiche für die Buchungen der treuhänderischen Bank gesagt. Für diese bestehen durch das Depotgesetz viel strengere Buchungsvorschriften als für einen

Anwalt, bei dem — wie die Praxis leider gezeigt hat — die Buchführung zu einer unzweideutigen Trennung von eigenen und fremden Werten nicht brauchbar war. Diese Gefahr besteht bei einer Bank nicht.

Die Aufgabe der von den Banken geführten Depotkonten, die Verhältnisse der Effektenverwahrung nach außen zu klären, ist durch das neue Depotgesetz ganz besonders herausgestellt worden. In § 14 dieses Gesetzes ist das Verwahrungsbuch in einer Weise ausgestaltet worden, daß seine Funktion über die einer internen Buchungseinrichtung weit hinausgeht und es geradezu zu einem Offenbarungsmittel par excellence macht. In Abs. 4 heißt es z. B.: „. . . so hat er dies auch im Verwahrungsbuch ersichtlich zu machen." Und in Abs. 5: „. . . so hat der Drittverwahrer dies bei der Eintragung im Verwahrungsbuch kenntlich zu machen." Hiermit ist gesetzlich die Kompetenz des Verwahrungsbuches als Publizitätseinrichtung festgelegt.

Nach dem noch zu veröffentlichenden Erlaß des Reichsjustizministers zu § 42 DepGes. wäre diese Bedeutung des Verwahrungsbuchs analog für Treuhandschaften auszudehnen. Eine dem § 14 DepGes. entsprechende Vorschrift würde also für Treuhandschaften etwa lauten: „Hält die Bank die Schuldbuchgiroforderungen als Treuhänder für ihre Kundschaft, so ist das im Verwahrungsbuch ersichtlich zu machen. Das haben die Banken bisher schon durch Verbuchung auf ‚Depotkonto' getan."

Ergebnis: Die Verbuchung der Schuldbuchgiroforderung auf „Depotkonto" in Verbindung mit dem Fremdheitsindiz des Schuldbuch giro kontos offenbaren in ausreichender Weise das Vorhandensein eines Treuhandverhältnisses, so daß man bei der Begründung des fiduziarischen Treuhandverhältnisses Kunde — Bank — Girobank keine Unmittelbarkeit der Uebertragung des Treuguts vom Treugeber auf den Treunehmer verlangen muß. — Die Schutzstellung des Treugebers ist wie allgemein bei einem fiduziarischen Treuhandverhältnis ausgestaltet, nur daß die Ermächtigung des § 42 DepGes. neue Möglichkeiten zur Verstärkung dieser Schutzstellung eröffnet, vor allem gegen pflichtwidrige Verfügungen des Treuhänders, indem diese unter Strafe gestellt werden.

Das 2. Treuhandverhältnis:

Bank — Girobank — Schuldbuchverwaltung

Grundsätzlich erscheint es zweckmäßig, die beiden hintereinander geschalteten Treuhandverhältnisse rechtlich gleich auszugestalten, denn es würde die Rechtslage höchst unerfreulich komplizieren und unsicher machen, wenn z. B. das eine Treuhandverhältnis auf der Fiduzia aufgebaut wird und das andere auf der Ermächtigung. Dieses Ziel ist aber leicht zu erreichen, da sich auch hier die Ermächtigung nicht eignet.

Rechtlich ergibt sich allerdings für die Ermächtigung hier die interessante Besonderheit, daß das Interesse des Treugutschuldners gegen eine konkurrierende Rechtszuständigkeit nicht akut wird. Diese bei der Ermächtigung sonst auftretende Konkurrenz, die auch nicht rechtsgeschäftlich auszuschließen war, ist hier durch Gesetz, nämlich das Schuldbuchgesetz ausgeschlossen. Theoretisch ist es also hier möglich, den ermächtigten Treuhänder in das Schuldbuch eintragen zu lassen, ohne ihm die Schuldbuchforderung selbst abzutreten. In diesem Fall hat der materiell Berechtigte (Treugeber) kein Verfügungsrecht! An und für sich also eine einmalige Gelegenheit für die Ermächtigung! Trotzdem muß man sie auch hier ablehnen, weil sie nicht dem Willen der Parteien entspricht. Aus den Bestimmungen ergibt sich vielmehr, daß die Girobank volle, wenn auch treuhänderisch gehemmte Gläubigerstellung bezüglich der Schuldbuchforderung haben soll. Wäre es anders, hätte die Girobank ihren Kunden Schuldbuchforderungen, aber nicht Schuldbuchgiroforderungen gutschreiben müssen. Schuldbuchgiroforderung heißt aber: treuhänderische Uebertragung von Schuldbuchforderungen. Daran zeigt sich klar, daß die Girobank Gläubigerin dieser Forderungen ist und nicht ihre Treugeber, die Banken. — Das zeigt sich ferner aus den Pfandabreden der Bestimmungen. Verpfändet werden Schuldbuchgiroforderungen, deren Schuldner die Girobank ist, an die deshalb die Anzeige gemäß § 1280 BGB zu richten ist, wie es tatsächlich auch geschieht. Wären die Girokunden — wie es bei der Ermächtigung sein müßte — Gläubiger der Schuldbuchforderungen, müßte die Verpfändung immer dem Schuldner dieser Forderungen angezeigt werden: der Schuldbuchverwaltung.

Schon diese umständlichen Benachrichtigungen allein würden ein gut Teil der durch den Giroverkehr errungenen Vereinfachungen wieder aufheben und wären deshalb schon allein Grund genug, das Treuverhältnis auf der Fiduzia und nicht auf der Ermächtigung aufzubauen.

Aus den „Bestimmungen" ergibt sich also, daß die Parteien ein fiduziarisches Verhältnis vereinbart haben. Die Begründung dieses fiduziarischen Verhältnisses gestaltet sich wesentlich einfacher als bei dem 1. Treuverhältnis. Zunächst ist die Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung immer dann gegeben, wenn die Bank selbst ursprünglich Gläubigerin der Schuldbuchforderung gewesen ist. Auch in den Fällen, wo der Kunde der Bank Gläubiger der Forderung war, kann man damit helfen, daß er zunächst stillschweigend der Bank[61]) seine Schuldbuchforderungen abgetreten hat, die sie dann weiter an die Girobank abtritt. Damit wäre die Unmittelbarkeit gewährt. Es befriedigt allerdings nicht sehr, mit solchen stillschweigenden Abtretungen zu arbeiten, die ja doch mehr oder minder eine Fiktion sind, denn in der Praxis denkt der Kunde, der bei seiner Bank ein Formular zum Verkauf seiner Schuldbuchforderung unterschreibt, nicht daran, diese Forderung an die Bank abzutreten und in dem Formular steht nichts darüber.

In jeder Hinsicht besser erscheint folgende Konstruktion: der Kunde der Bank überträgt die Schuldbuchforderung direkt an die Girobank zu treuen Händen. Die Girobank wird also Treuhänder des Bankkunden, und zwar unmittelbar. Gleichzeitig machen aber alle Beteiligten aus — und diese Vereinbarung müßte in die Bestimmungen über den Giroverkehr und ebenso in die Geschäftsbedingungen der Banken —, daß der Bankkunde seine Treuhandforderung gegen die Girobank sofort an seine Bank abtritt. Diese vorweggenommene Abtretung würde also im Augenblick, in dem die Girobank Treuhänder der Schuldbuchforderung wird, automatisch eintreten. Die Girobank kann nun die Treuhandforderung der Bank auf Schuldbuchgirokonto gutschreiben[62]). Hierdurch wird auch erreicht, daß das 1. Treuhand-

61. Die Abtretung der Schuldbuchforderung formlos.

62. Diese Regelung ist auch bei den neuen Bestimmungen über den Kuxengiroverkehr vorgesehen.

verhältnis (Bank — Bankkunde) durch unmittelbare Treugutsübertragung begründet wird. (Treugut ist hier die Treuhandforderung gegen die Girobank.) Allerdings gilt das letztere nur für den ersten Eintritt der Schuldbuchforderung in den Giroverkehr. Kauft ein Kunde der Bank im Girowege eine Schuldbuchforderung oder überträgt er sie im Giroweg weiter, so kann das 1. Treuhandverhältnis nie durch unmittelbare Treugutsübertragung vom Treugeber auf den Treuhänder begründet werden.

Ergebnis: Auch das 2. Treuhandverhältnis kann nur auf der Fiduzia aufgebaut werden, und zwar in jedem Fall durch unmittelbare Uebertragung des Treuguts vom Treugeber auf den Treuhänder.

Sonderwirkungen des Girotreuhandverhältnisses

Gegenüber den allgemeinen Treuhandverhältnissen, wo der Treugeber einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung des konkreten Treuguts hat, weist das Girotreuverhältnis die Besonderheit auf, daß der Treugeber hier nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr von Gegenständen gleicher Art, Güte und Menge hat[63]). Nicht die Schuldbuchforderung Nr. xy kann der Girokunde zurückverlangen, sondern nur eine Schuldbuchforderung dieses Betrages, ebenso nicht einen bestimmten Kux bei dem Kuxengiroverkehr usw. Das Girotreuhandguthaben ist auch ein Sammelguthaben wie das Sammeldepot, nur auf einer anderen Rechtsgrundlage: dem Eigentum des Treuhänders[64]). (Beim Sammeldepot Miteigentum der Girokunden.)

2. Das Giroverhältnis

Ueberwiesen werden im Giroweg Treuhandforderungen gegen die Girobank (Schuldbuchgiroforderungen)[65]). Man kann deshalb jedoch nicht sagen, daß an der Börse nicht mehr Schuldbuchforderungen, sondern Schuldbuchgiroforderungen gehandelt

63. Das klingt wie unregelmäßige Verwahrung, hat aber gar nichts damit zu tun, denn der Treuhänder muß immer hundertprozentige Deckung halten, sonst macht er sich strafbar.

64. Das Phänomen der Sammeltreuhand ist bisher in der Literatur noch nicht behandelt worden.

65. § 4 der Bestimmungen über Schuldbuchgiroverkehr.

würden, „ähnlich wie beim Devisengeschäft der Handel in ‚Auszahlung London'"[66]). Gehandelt werden nach wie vor Schuldbuchforderungen, geliefert werden jedoch Schuldbuchgiroforderungen. Aehnlich wie beim Effektengiroverkehr, wo Aktien gehandelt, aber Sammeldepotanteile geliefert werden. In der Praxis sieht der Vorgang so aus: Die X-Bank kauft an der Börse RM 10 000 Schuldbuchforderungen und erhält von der verkaufenden Y-Bank einen roten Giroscheck in dieser Höhe. Diesen reicht die X-Bank der Girobank ein, die darauf Reichsmark 10 000 von dem Schuldbuchgirokonto der Y-Bank abschreibt und dem Konto der X-Bank gutschreibt. Wie ist dieser Vorgang rechtlich zu beurteilen?

Die Giroüberweisung beim Geldgiroverkehr ist in der Literatur und Rechtsprechung eingehend behandelt worden. Da es sich auch bei den dortigen Ueberweisungen um Ueberweisungen von Forderungen handelt[67]), erscheint es zweckmäßig, die Ergebnisse der wissenschaftlichen Untersuchungen für die Geldgiroüberweisung hier zu verwerten.

Der Rechtscharakter der Geldgiroüberweisung ist umstritten. Am meisten naturgemäß wäre die Auffassung, der Girozahlung als einer Forderungsabtretung. Das hieße aber, daß die Forderung vor und nach der Abtretung dieselbe sein müßte. Dann wären aber zwei Folgerungen unabweislich: 1. B. könnte keine höhere Forderung erwerben als die, die dem A. zustand. Hätte A. sein Konto überzogen und die Bank trotzdem versehentlich die Summe dem B. gutgeschrieben, so würde eine Forderung des B. in dieser Höhe durch die Gutschrift allein nicht begründet worden sein. Die Bank hätte vielmehr stets die Einwendung, die sie auch dem A. bei Einforderung einer solchen Summe hätte entgegensetzen können, daß nämlich die Forderung überhaupt nicht oder nicht in dieser Höhe bestehe. (§ 404 BGB.)

2. Auch sonst hätte die Bank dem B. gegenüber alle Einwendungen, die sie dem A. gegenüber geltend machen könnte, insbesondere das Recht, mit Forderungen aus dem Kontokorrentverhältnis des A. gegen diesen aufzurechnen. (§ 406 BGB.)

---

66. Ascher, a. a. O. S. 183.

67. Forderungen auf Zahlung eines Geldbetrages.

Diese Folgerungen stehen im Widerspruch mit dem, was der Verkehr von der Giroüberweisung verlangt: ein Zahlungsäquivalent zu sein. Gutschrift wird im Verkehr als Zahlung angesehen und muß auch so angesehen werden. Deshalb ist es unzulässig, daß die Bank einem Kontoinhaber gegenüber mit Forderungen aufrechnet, die sie gegenüber einem anderen Kunden hatte, und ebensowenig darf sie geltend machen, daß die Gutschrift erfolgt sei, obwohl A. kein genügendes Guthaben hatte, und daß daher B. die gutgeschriebene Forderung gar nicht erlangt habe. Man ist deshalb für die Geldgirozahlung zu dem Schluß gekommen[68]), daß die Forderung, die bei der Girozahlung der Zahlende aufgibt und die, die zugunsten des Empfängers begründet wird, nicht identisch sind, sondern daß eine neue, selbständige Forderung entsteht. Damit ist aber die Auffassung der Girozahlung als einer Abtretung abgetan.

Die heute herrschende Auffassung sieht deshalb in der Geldgiroüberweisung einen Verzicht des Überweisenden auf seine Forderung gegen die Bank, verbunden mit der Anweisung an die Bank, sich gegenüber B. zur Zahlung eines entsprechenden Betrages zu verpflichten, was die Bank auch tut, und beide Rechtshandlungen durch die Umbuchung nach außen kundtut. Da nach § 305 BGB zur Begründung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses ein Vertrag erforderlich ist, muß man sich diese Forderungsbegründung so vorstellen, daß die Bank als Vertreter des B. mitwirkt. Da die Bank aber auch für A. bei diesem Geschäft mitwirkt, ist sie gleichzeitig Vertreterin zweier verschiedener Personen: es liegt ein In-sich-Geschäft vor[69]).

---

68. Metz, a. a. O. S. 58.

69. Der rechtliche Inhalt der Giroeffektenüberweisung (Sammeldepot) ist viel komplizierter: Hier löst die Girobank den bisherigen Verwahrungsvertrag und schließt auf Anweisung des bisherigen Teilhabers durch Umbuchung mit sich selbst als Vertreter des neuen Teilhabers einen neuen Sammelverwahrungsvertrag. Sie „übergibt" als „Nichtberechtigter mit Einwilligung" (§§ 185 mit 929 BGB) den freigewordenen Anteil durch die Umbuchung an sich selbst als Vertreter des neuen Teilhabers (§ 181 BGB.) und somit ist der Eigentumsübergang nach § 929 BGB vollzogen. (RG 103/151.) Hier werden also nicht Forderungen im Girowege übertragen, sondern Miteigentum an beweglichen Sachen.

Für die Giroüberweisung muß man jedoch zu anderen Ergebnissen kommen. Wollte man die Schuldbuchgiroüberweisung als Verzicht auf eine Treuhandforderung und Neubegründung einer Treuhandforderung auffassen, so würde das ursprüngliche Treuhandverhältnis erlöschen, ohne das der Treugeber sein Treugut zurückbekommt. Dieses bliebe vielmehr bei dem früheren Treuhänder, der nun von der treuhänderischen Bindung befreit ist und dem das Vollrecht ungehemmt zusteht. Will die Girobank nun in Bezug auf den Gegenstand des Vollrechts eine neue Treuhandforderung entsprechend der Anweisung des früheren Treugebers begründen, so bestehen erhebliche Schwierigkeiten. Die Treuhandforderung ist eine Forderung besonderer Art, sie läßt sich nicht einfach durch Vertrag nach § 305 BGB begründen. Die besonderen Erfordernisse ihrer Begründung: Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung oder Offenkundigkeit der Treuhand sind eingehend dargelegt worden.

Überhaupt erscheint die ganze Konstruktion, die beim Geldgiroverkehr paßte, hier gekünstelt. Sie entspricht nicht dem Willen der Parteien; diese wollten ein ständiges Treuhandverhältnis begründen. Durch die Eintragung als Gläubiger im Schuldbuch erhält die Girobank die Stellung eines Treuhänders, heißt es in den „Bestimmungen", d. h. also für die ganze Dauer ihrer Eintragung. Die Parteien wollten also nicht in jedem einzelnen Überweisungsfall das Treuhandverhältnis erlöschen lassen und durch ein neues ersetzen. Daraus folgt aber weiter, daß sie wollten, daß die Treuhandforderung, die der Zessionar erhält, dieselbe ist, wie die, die dem Zedenten zustand. Mit anderen Worten, sie wollten eine wirkliche Abtretung.

Es fragt sich jedoch, ob eine Treuhandforderung eine Abtretung verträgt, oder ob sie etwa durch eine solche ihren treuhänderischen Charakter verliert. Ascher sagt ohne Begründung: „Die Treuhandnatur wird durch die Abtretung nicht verändert." Dem ist zuzustimmen. Bedenken könnten höchstens wegen der Unmittelbarkeit entstehen. Wird diese nur für die Begründung oder für die ganze Dauer des Treuhandverhältnisses verlangt? M. E. ist die Unmittelbarkeit nur ein Begründungsproblem. Ist einmal ein gültiges Treuhandverhältnis zustande gekommen, so ist nur die Identität des Treuguts und die Identität des Treu-

händers zum Weiterbestehen des Treuhandverhältnisses zu verlangen, dagegen kann die Person des Gläubigers wechseln.

Betrachtet man aber die Treuhandgiroüberweisung als Abtretung, so muß man sich mit den bei dem Geldgiroverkehr gegen eine solche Auffassung laut gewordenen Bedenken auseinandersetzen:

1. Fall: Die X-Bank schreibt entgegen dem Verbot des § 3e der „Bestimmnugen" ohne ein entsprechendes Schuldbuchgiroguthaben einen roten Giroscheck aus. Die Girobank schreibt trotzdem versehentlich den Betrag der empfangenden Y-Bank auf Schuldbuchgirokonto gut. Da eine Forderung nicht vorhanden war, konnte auch keine abgetreten werden, die Gutschrift hat keine Rechtswirkung. Diese Folge ist beim Geldgiroverkehr als unerträglich empfunden worden und widerspricht auch tatsächlich dem, was der Verkehr von einer Geldgiroüberweisung verlangt, nämlich ein vollwertiger Ersatz der Barzahlung zu sein. Beim Treugiroverkehr liegt es anders. Hier wollen die Parteien tatsächlich nur die Treuhandforderung, soweit sie tatsächlich besteht, übertragen und erwerben. Die Gutschrift ist deshalb hier nur als Buchungsirrtum zu werten und bei der für solche Irrtümer vorgesehenen monatlichen Abstimmung oder durch eine besondere Abstimmung mit dem Girokunden zu berichtigen. (§ 7 Abs. 3 der „Bestimmungen".)
2. Auch sonst könnte die Girobank der Y-Bank alle Einwendungen, die sie gegen die X-Bank hatte, entgegensetzen. § 406 BGB. Das wirkte beim Geldgiroverkehr besonders störend, weil dort alle Konten des Kunden als ein Kontokorrent aufgefaßt wurden und dementsprechend für einander haften. Hätte also A. dem B. eine Forderung gegen die Bank aus dem Konto X abgetreten, so könnte die Bank geltend machen, A. habe auf einem anderen Konto ein Debetsaldo, mit diesem rechne sie gegen die abgetretene Forderung auf. Diese Gefahr besteht beim Treugiroverkehr nicht, weil hier die Girobank auf ein allgemeines Pfand- und Zurückbehaltungsrecht auf Grund ihrer Geschäftsbedingungen verzichtet hat und an den Treuhandforderungen ihrer Girokontoinhaber ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Ansprüche, die aus der Führung des Girokontos entstanden sind, in den „Bestimmungen" § 2 Abs. 2 vereinbart hat. Diese Vor-

schrift scheint keine besonders praktische Bedeutung zu haben, denn außer Spesenansprüchen sind kaum weitere Ansprüche denkbar, die aus der Führung des Schuldbuchgirokontos entstehen können. Sollte jedoch wirklich einmal ein Fall eintreten, wo das Zurückbehaltungsrecht akut wird, so scheint es allerdings auch für den Treugiroverkehr untragbar, daß die Girobank nach Gutschrift für den neuen Gläubiger diesem gegenüber plötzlich mit einem Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen gegen den früheren Gläubiger der Forderung hervortritt. Man muß von der Girobank verlangen, daß sie in einem solchen Ausnahmefall mit der Gutschrift so lange wartet, bis sie mit dem alten Gläubiger ihre Forderung bereinigt hat, nach Gutschrift für den neuen Gläubiger aber auf die Geltendmachung jeglichen Zurückbehaltungsrechts verzichtet, denn der neue Gläubiger muß auf die Gutschriftsanzeige vertrauen können, vorausgesetzt, daß die abgetretene Treuhandforderung überhaupt bestanden hat. § 2 S. 2 der „Bestimmungen" ist deshalb m. E. folgendermaßen zu ergänzen: „Das Zurückbehaltungsrecht erlischt, wenn die Bank des Berliner Kassenvereins die Schuldbuchgiroforderung gemäß § 4 einem neuen Kontoinhaber gutgeschrieben hat."

Ergebnis: Die Treugiroüberweisung ist im Gegensatz zur Geldgiroüberweisung eine Abtretung von einem Girokunden auf einen anderen Girokunden.

Aus diesen Zusammenhängen erhellt auch die Eigenart des roten Treugiroschecks. Unzweifelhaft ist er kein echter Scheck im Sinne des Scheckgesetzes. Er ist auch keine Anweisung, denn geleistet wurde schon durch die Abtretung von Kunde zu Kunde; die Bank soll nur buchen. Der rote Treugiroscheck enthält also einmal einen Auftrag (zur Buchung) und 2. eine Abtretungsanzeige gemäß § 409 BGB. Er enthält also weniger als der Geldgiroscheck, denn in diesem steckt wirklich eine Anweisung an die Bank und ferner noch ein Schuldanerkenntnis. — Diese Bedeutung des roten Treugiroschecks wird gut durch das Wort „Umschreibezettel" gekennzeichnet[70]).

70. Voß, Hans, „Der Treugiroverkehr".

3. *Das Pfandverhältnis beim Treugiroverkehr*

Bei den Verpfändungen, die die „Bestimmungen" regeln, handelt es sich um die Verpfändung von Schuldbuchgiroforderungen. Da diese treuhänderisch oder als eigene der Bank zustehen, kann nur diese die Giroforderungen verpfänden, nicht auch ihr Kunde. Zunächst kann die Bank nur eigene Schuldbuchgiroforderungen verpfänden. Würde sie auch solche, die sie als Treuhänderin für ihre Kunden innehat, verpfänden, würde sie gegen den pactum fiduciae verstoßen, es sei denn, daß der Kunde ihr seine Treuhandforderung gegen sie verpfändet hat. Dies ist praktisch der Hauptfall.

Die Verpfändung geht dann praktisch so vor sich: Die X-Bank will RM 10 000 Schuldbuch g i r o forderungen der Y-Bank verpfänden[71]). Sie schreibt einen grünen Schuldbuchgiroscheck über RM 10 000 aus. Nach Erhalt des Schecks bucht die Girobank von dem Konto der X-Bank RM 10 000 ab und schreibt diesen Betrag der Y-Bank auf Schuldbuchpfandgirokonto gut und gibt der Y-Bank Gutschriftsanzeige.

Dieser Vorgang ist rechtlich folgendermaßen zu beurteilen: Es handelt sich um die Verpfändung einer Forderung. Nach § 1274 BGB ist hierfür die für die Übertragung geltende Vorschrift anzuwenden. Übertragen wird eine Forderung nach § 398 BGB durch formlosen Abtretungsvertrag. Zur Verpfändung einer Schuldbuchgiroforderung ist also ein formloser Verpfändungsvertrag zwischen zwei Girokunden erforderlich. Nach § 1280 BGB ist zur Gültigkeit der Verpfändung auch noch die Anzeige an den Schuldner nötig. Schuldner ist bei der Schuldbuchgiroforderung die Girobank. Die Anzeige an sie ist in der Übersendung des grünen Schecks zu erblicken. Hiermit ist die Verpfändung wirksam geworden. Die Umbuchungen haben nur noch banktechnische Bedeutung. — Der Vorschrift des § 1231 S. 2 BGB ist durch § 5 Nr. 4 der „Bestimmungen" Genüge getan.

Im Anschluß an die Verpfändung ist auch die Pfändung zu behandeln. Wollen Gläubiger der am Girokreis beteiligten Bank

---

71. Schuldbuchgiropfandgläubiger kann auch nur eine Bank oder ein Bankier sein.

in deren Rechte aus dem Giroverhältnis zwangsvollstrecken, so kommen hierfür zwei Möglichkeiten in Frage:

1. Gepfändet wird die Schuldbuchgiroforderung, d. h. der treuhänderische Anspruch gegen die Girobank auf treuhänderische Abtretung der Schuldbuchforderung und Eintragung als Gläubiger im Schuldbuch. Dieser Weg führt über die §§ 857, 829 ZPO. Drittschuldner ist hier die Girobank. Handelt es sich bei den gepfändeten Forderungen um solche, die die Bank treuhänderisch für ihre Kunden innehat, so können diese der Zwangsvollstreckung widersprechen und im Konkurs aussondern.
2. Kommt die Möglichkeit in Frage, daß die Gläubiger der Bank in die für die Bank von der Girobank treuhänderisch verwalteten Schuldbuchforderungen selbst vollstrecken. In diesem Fall ist es bestritten[72]), ob die Girobank widersprechen kann. Es wird der Standpunkt vertreten, daß es die natürliche Rückwirkung der vom RG entwickelten „materiellen Gerichtigkeitslehre" ist, daß der Treuhänder die Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Treugebers in das Treugut dulden muß. Das wären die quasidinglichen Wirkungen mit umgekehrten Vorzeichen. Hier macht man jedoch einen Unterschied zur Sicherungstreuhand. Diese sei eine eigennützige, so daß der Treuhänder bei einer Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Treugebers im eigenen Interesse Rechte geltend machen könnte. (§§ 771, 805 ZPO.) Aber auch die Verwaltungstreuhand ist insofern eigennützig, als der Treuhänder sich wegen seiner aus dem Treuverhältnis entstehenden Ansprüchen an das Treugut halten können muß. Dies kommt auch ausdrücklich in § 2 Abs. 2 der „Bestimmungen" zum Ausdruck. Ich schließe mich deshalb der Ansicht an, die auch dem Verwaltungstreuhänder einen Widerspruch gibt und komme zu einer Verneinung der Möglichkeit, daß Gläubiger der Banken in die Schuldbuchforderungen vollstrecken können. Dafür liegt auch kein praktisches Bedürfnis vor, da mit der Pfändung der Schuldbuchgiroforderung praktisch dieselbe Wirkung erzielt wird[73, 74]).

---

72. Siebert, a. a. O. S. 169 und die dort ausgiebig angegebene Literatur.
73. Ascher, a. a. O. S. 185.
74. Man käme auch bei dieser Lösung in große Schwierigkeiten mit der Anzeige an den Drittschuldner, hier die Schuldbuchverwaltung.

Schuldbuchferngiroverkehr

Der Schuldbuchferngiroverkehr, der seine Grundlage in § 2a der „Bestimmungen" hat, vollzieht sich praktisch folgendermaßen: Die X-Bank in München hat bei der dortigen Effektengirobank RM 10 000 Schuldbuchgiroforderungen. Für RM 1000 ist die X-Bank Treuhänderin ihres Kunden A. und hat ihm dafür auf Depotkonto erkannt. A. will nun RM 1000 Schuldbuchforderungen an seinen Geschäftsfreund B. in Berlin verkaufen, der Kunde bei der Y-Bank ist. Die X-Bank in München verfügt nun mittels rotem Scheck über ihre Giroforderung in Höhe von RM 1000 zugunsten der Berliner Girobank. Die Münchener Girobank schreibt nach Erhalt des roten Schecks Reichsmark 1000 von dem Konto der X-Bank ab und schreibt diesen Betrag dem Girokonto, das die Berliner Girobank bei ihr unterhält, gut, und macht der Berliner Girobank Gutschriftsanzeige. Diese erkennt auf Grund der Anzeige die Y-Bank in Höhe von RM 1000 auf Schuldbuchgirokonto. Die Y-Bank schreibt die RM 1000 dem B. auf Depotkonto gut. Wenn nunmehr B. seine Forderung an C. abtritt, so erhält dieser nicht eine in München lagernde Schuldbuchforderung, sondern eine, die die Berliner Girobank als Treuhänder innehat, von der wieder ein winziger Bruchteil für die Berliner Girobank von der Münchener Girobank verwaltet wird. Hinsichtlich dieser auswärtigen Treuhandforderung besteht zwischen den Berliner Schuldbuchgirokunden eine Gemeinschaft, denn das Recht aus dem Guthaben der Berliner Girobank bei der Münchener Girobank steht der Gesamtheit der Kunden der Berliner Girobank zu.

§ 6. Kuxen-Giroverkehr

Wirtschaftliche Gründe

Kuxe sind Anteile an Bergwerksgesellschaften. Als wirtschaftliche Werte werden sie auf dem Effektenmarkt in gleicher Weise gehandelt wie Anteile der Aktiengesellschaften, die Aktien. Die verschiedene Rechtsnatur von Aktie und Kux ändert

nichts an der Gleichartigkeit ihrer Rolle im Wirtschaftsleben. So besteht auch im Kuxenhandel Bedürfnis für einen Giroverkehr. Ja, noch mehr, denn da die Übertragung von Kuxen viel umständlicher ist als bei Aktien und anderen Wertpapieren, würde hier ein Giroverkehr, der durch bloße Umbuchungen durchgeführt wird, besonders nutzbringend sein.

Naturgemäß ist dieses Bedürfnis für einen Kuxengiroverkehr zuerst und am stärksten dort aufgetreten, wo der Handel in Kuxen am größten war: im Bergwerksgebiet, im Rheinland. Die Rheinisch-Westfälischen Kassenvereine in Düsseldorf und Essen haben deshalb schon im Jahre 1926 einen Kuxengiroverkehr eingerichtet, und zwar beide auf der Grundlage des schon für Aktien bestehenden Effektengirodepots! So heißt es in § 1 der Bestimmungen für Kuxe: „Kuxe werden in gleicher Weise wie Aktien zum Effektengirodepot zugelassen (Sammeldepot), . . ." Diese Regelung, zum mindesten diese Fassung, erscheint rechtlich äußerst bedenklich.

Sammeldepotfähig sind nur vertretbare Wertpapiere. Wieweit der Kuxschein überhaupt Wertpapiercharakter hat, ist eine alte Streitfrage. Auch wenn man der heute herrschenden Lehre, die den Kuxschein als ein unvollkommenes Wertpapier ansieht, folgt, so ist doch auf jeden Fall der Kuxschein kein vertretbares Wertpapier, weil die Innehabung der Urkunde nicht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände die Innehabung des Rechts verbrieft. Soweit also überhaupt noch ein Miteigentumserwerb an der Papiersubstanz des Kuxscheins möglich wäre, würde einem solchen Miteigentum das entsprechende Anteilsrecht nicht folgen.

Wenn gleichwohl in den zitierten „Bestimmungen für Kuxe" von „Effektengirodepot" und „Sammeldepot" die Rede ist, so ist das nicht folgerichtig und der Klammerzusatz ist nicht nur überflüssig, sondern rechtlich direkt falsch[75]).

Trotz seiner mangelhaften Rechtsgrundlage wickelt sich der Kuxengiroverkehr seit Jahren reibungslos ab. Eine Gefahr für die Beteiligten besteht wohl auch nicht, da in einem Streitfall die

---

75. Dieser Klammerbegriff ist um so unverständlicher, als er bei den Bestimmungen für Aktien, wo er hingehört, fehlt.

Rechtsgrundlage in Richtung auf die Treuhand umgedeutet werden könnte. Immerhin kann der Zustand, daß ein Kuxengiroverkehr auf Sammeldepot aufgebaut wird, nicht so bleiben. Diese Erkenntnis hat sich auch in Bankkreisen durchgesetzt, und die Bank des Berliner Kassenvereins hat in Zusammenarbeit mit den übrigen beteiligten Effektenbanken und Banken neue Bestimmungen für den Kuxengiroverkehr entworfen. Dieser Entwurf wird im folgenden zur Grundlage der Betrachtungen gemacht.

Bevor auf die neuen „Bestimmungen" und die durch sie geschaffenen Rechtsverhältnisse eingegangen wird, erscheint es zweckmäßig, die Rechtsnatur des Kuxes und die Erfordernisse seiner Übertragung, Belastung und Verpfändung kurz darzustellen.

Rechtsnatur des Kuxes

Das Bergrecht ist durch Art. 67 EGBGB den Landesrechten vorbehalten geblieben. In Preußen gilt das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 in der Fassung vom 20. Oktober 1889[76]).

Nach dem Preußischen Bergrecht unterscheidet man Gewerkschaften des älteren und des neuen Rechts. Die Gewerkschaften des älteren Rechts sind die vor dem AGB von dem Allgemeinen Landrecht (Teil II, Titel 16) beherrschten Gewerkschaften, denen das AGB ihre alten Verfassungen belassen hat. (§§ 227 bis 239 AGB.) Die Gewerkschaften des neueren Rechts sind die von dem AGB geschaffenen Gewerkschaften.

Der Kux des älteren Rechts ist Immobilie, für ihn gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. Eigentum am Kux geht also nur durch Einigung und Eintragung ins Berggrundbuch über. Belastung erfolgt durch Hypotheken usw. Der Kux des neueren Rechts gehört dagegen „zum beweglichen

---

76. Auf die anderen Landesgesetze kann hier nicht eingegangen werden. Die Vorschriften entsprechen im wesentlichen dem Preußischen Recht. Am Kuxengiroverkehr nehmen die Kuxe sämtlicher Landesrechte teil, ohne daß in den Bestimmungen über den Kuxengiroverkehr besondere Vorschriften für die einzelnen Landeskuxe erforderlich sind.

Vermögen" (AGB § 101 Abs. 3). Nur auf ihn bezieht sich der Kuxengiroverkehr.

Das Wort Kux wird wie das Wort Aktie in dreifachem Sinn gebraucht: 1. Anteil am Grundkapital, 2. Mitgliedschaftsrecht, 3. Kuxschein. Die in dem Kux enthaltene Rechtsstellung wird jedoch nicht wie bei der Aktie in der Innehabung des Kuxscheins verkörpert. Für die Übertragung dieser Rechte gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 105 bis 107 AGB. Danach ist für die Übertragung schriftliche Form erforderlich. Das heißt nicht, daß ein schriftlicher Abtretungs v e r t r a g abgeschlossen werden muß. Allein die Abtretungserklärung des Veräußerers des Kux muß schriftlich sein, während für die Zustimmung jede Form genügt.

Mit dem Abschluß dieses Vertrages ist die Abtretung des Kuxes rechtsgültig zustande gekommen und es bedarf keiner weiteren Erfordernisse mehr.

Lediglich zur Legitimation gegenüber der Gewerkschaft ist noch die Eintragung in das Gewerkenbuch erforderlich (§ 105 AGB). Es ist also ähnlich wie beim Schuldbuch. Dort ging die Schuldbuchforderung durch formlose Abtretung über, jedoch war der neue Gläubiger dem Reich gegenüber nur legitimiert, wenn er als Gläubiger ins Reichsschuldbuch eingetragen war. Während aber hier die Umschreibung von dem alten Gläubiger veranlaßt werden mußte, kann dies beim Gewerkenbuch auch der neue Gläubiger tun, und tut es auch regelmäßig, wenn er die schriftliche Abtretungserklärung und den Kuxschein, falls einer ausgestellt ist, vorlegt. Der Unterschied erklärt sich dadurch, daß beim Gewerkenbuch der neue Gläubiger sich durch Abtretungsurkunde und Kuxschein als neuer Gläubiger legitimiert, während der Reichsschuldbuchverwaltung gegenüber der neue Gläubiger nichts zum Beweis seiner Gläubigerstellung in Händen hat. Bei beiden Büchern wirkt die Eintragung nur deklaratorisch.

Nach § 103 AGB k a n n von der Gewerkschaft ein Kuxschein ausgestellt werden. Ist das geschehen, so ist der Abtretende verpflichtet, den Kuxschein auszuhändigen (§ 105 AGB). Diese Verpflichtung ist jedoch nur eine Folge der Abtretung, für den rechtlichen Bestand der Abtretung selbst ist sie unwesent-

lich. Das sieht man schon daraus, daß ein Kuxschein überhaupt nicht ausgestellt zu werden braucht. Ist er aber einmal ausgestellt, so liegt es natürlich im Interesse des Erwerbers, ihn zu bekommen, da er ohne ihn nicht ins Gewerkenbuch eingetragen wird und demgemäß seine Rechte nicht ausüben kann. (§ 106 AGB.)

Die eigenartigen Funktionen des Kuxscheins bereiten seiner rechtlichen Unterbringung Schwierigkeiten. Die einen wollen in ihm nur eine Beweisurkunde sehen dafür, daß der, auf dessen Namen der Schein lautet, als Eigentümer im Gewerkenbuch eingetragen ist. Daß der Kuxschein aber mehr als eine Beweisurkunde sein muß, sieht man schon daraus, daß der Kuxinhaber solange an der Ausübung seiner Rechte verhindert ist, als er nicht den Kuxschein besitzt. Die Verwertung des Rechts zum mindesten ist also an die Innehabung des Papiers geknüpft. Hinzu kommt, daß eine Verpfändung des Kuxes ohne Übergabe des Kuxscheins überhaupt nicht möglich ist. Diese Bedeutung des Scheins für die Ausübung des Anteilsrechts macht ihn zum Wertpapier, wenn auch nur unvollkommen[77]). So zählt auch § 1 des Depotgesetzes die Kuxe zu den Wertpapieren[78]).

Für die Verpfändung des Kuxes bestimmt § 108 AGB: „Die Verpfändung der Kuxe geschieht durch Übergabe des Kuxscheines auf Grund eines schriftlichen Vertrages." Hieraus folgt, daß ein Gewerkenanteil nicht gepfändet werden kann, wenn ein Kuxschein nicht ausgestellt worden ist.

Für das Gebiet der Zwangsvollstreckung sind die einschlägigen Bestimmungen des AGB durch § 14 ZPO aufgehoben worden. Es gilt also die ZPO. Welche Bestimmungen für die Pfändung in Frage kommen, richtet sich danach, ob man den Kuxschein zu den Wertpapieren rechnet oder nicht. Nach dem oben Gesagten muß dies geschehen, ganz besonders auf dem Gebiet des Pfandrechts, denn bei der Verpfändung hat der Kuxschein nahezu die Stellung eines vollkommenen Wertpapiers.

---

77. RG 121, 40.

78. Allerdings spricht das Gesetz von Kuxen und nicht von Kuxscheinen, gemeint ist aber der Schein, denn nur eine Urkunde kann Gegenstand der Aufbewahrung sein. (RGSt. 46/148; RGZ 121/49.)

Dasselbe muß für die Zwangsvollstreckung gelten[79]). Es kommen also die Bestimmungen über die Pfändung beweglicher Sachen zur Anwendung.

Für den Giroverkehr in Kuxen ist weiter die Zubußepflicht der Gewerken von erheblicher Bedeutung. Hierin liegt eine Gefahr für die Girobank, die als Gewerke in das Gewerkenbuch eingetragen ist. Diese Gefahr wird beseitigt durch das Anheimstellungsrecht des Gewerken (§ 130 AGB). Allerdings ist diese Vorschrift nicht zwingend, die Satzung kann das Anheimstellungsrecht ausschließen. Kuxe solcher Gewerkschaften können nicht am Giroverkehr teilnehmen.

Der Entwurf neuer Bestimmungen für den Kuxengiroverkehr

Um den rechtlichen Eigenarten der Kuxe zu genügen, haben die Effektengirobanken für die neuen Bestimmungen die Treuhandgrundlage gewählt.

Vorbild war einmal der treuhänderische Schuldbuchgiroverkehr[80]), andererseits das Sammeldepot.

Die Girobank eröffnet Banken und Bankiers auf Antrag ein Treuhandgirokonto in Kuxen. Zugelassen sind nicht alle Kuxe. Zugelassene Kuxscheine kann jeder Kontoinhaber der Girobank einreichen und die Abtretungserklärung des bisherigen Inhabers an die Girobank beifügen. Auf Grund dieser läßt sich die Girobank als Gewerke in das Gewerkenbuch eintragen und schreibt den Kuxenbetrag dem Einlieferer auf Treuhandgirokonto gut. Die Girobank kann jederzeit die Rückübertragung des Kuxes auf den Namen des Kontoinhabers vornehmen. Der Giroverkehr geht in Scheckform vor sich. Durch roten Scheck wird übertragen — und gepfändet! Auf Grund eines weißen Schecks werden die Kuxscheine ausgeliefert. Dem auszuhändigenden Kuxschein wird eine Abtretungserklärung beigefügt. Der Kontoinhaber ist der

---

79. Kromrey, a. a. O. S. 47.

80. Die Überschrift der Bestimmungen soll lauten: „Bestimmungen über den Treuhandgiroverkehr in Kuxen." Das ist besser als die Überschrift des Schuldbuchgiroverkehrs. Man sollte keine Gelegenheit verpassen, den Treuhandcharakter zu offenbaren.

Girobank gegenüber verpflichtet, die sofortige Umschreibung des Kux auf seinen Namen oder auf den Namen eines Dritten bei der Gewerkschaft vorzunehmen. Jedoch ist die Girobank auch selbst berechtigt, die Umschreibung zu veranlassen. Die ausgeschriebenen Zubußen hat der Kontoinhaber zu zahlen. Zahlt er sie nicht, kann die Girobank die Kuxe anheimstellen.

Rechtliche Beurteilung des Kuxengiroverkehrs

Fiduzia oder Ermächtigung?

Die Ermächtigung scheidet hier von vornherein deshalb aus, weil die Rechtsnatur des Kuxes eine ausschließliche Verfügungsmacht ohne gleichzeitige Innehabung des Vollrechts nicht gestattet. Nur der ist der Gewerkschaft gegenüber zu Verfügungen legitimiert, der im Gewerkenbuch eingetragen ist, hier wird aber nur eingetragen, wem wirklich der Kux abgetreten ist und wer dies durch Vorlage der schriftlichen Abtretungserklärung und Kuxschein beweisen kann. Voraussetzung der treuhänderischen Stellung der Girobank ist also der Erwerb des Kuxenrechts durch sie. Das ist auch in den Bestimmungen so vorgesehen: Bei Einreichung des Kuxscheins ist der Girobank eine schriftliche Abtretungserklärung beizufügen. (§ 1 S. 2 des Entwurfs.) Nach § 2 läßt sich die Girobank als Gewerke in das Gewerkenbuch eintragen. Sie hat also volle Inhaberstellung. Das geht auch daraus hervor, daß sie „dem bisherigen Inhaber gegenüber" die Stellung eines Treuhänders hat, d. h. also, jetzt ist sie selbst Inhaber, natürlich nur treuhänderischer, d. h. Eigenrecht im fremden Interesse. Auch beim Kuxengiroverkehr kann also nur die Fiduzia verwandt werden.

Begründung der beiden Treuhandverhältnisse beim Kuxengiro

Genau wie beim Schuldbuchgiro liegen beim Kuxengiro zwei Treuhandverhältnisse hintereinander geschaltet. Bei jedem dieser sind wieder drei Beteiligte vorhanden.

1. Kunde — Bank — Girobank,
2. Bank — Girobank — Gewerkschaft.

Treugut ist bei dem ersten Verhältnis die Treuhandkuxengiroforderung gegen die Girobank, beim zweiten der Kux selbst.

Die Begründungsprobleme der beiden Treuhandverhältnisse gestalten sich hier einfacher als beim Schuldbuchgiroverkehr, weil hier die Treuhandverhältnisse nicht hintereinander, sondern nach dem Dreiecksplan begründet werden[81]). Während beim Schuldbuchgiro zunächst eine stillschweigende Abtretung des Kunden an die Bank angenommen wurde und dann eine weitere Abtretung der Bank an die Girobank, die dadurch zum Treuhänder der Bank wurde, geht hier eine solche Konstruktion nicht, weil eine stillschweigende Abtretung wegen der vorgeschriebenen Schriftform nicht zulässig ist. Dieser Schriftform wird auch nicht dadurch genügt, daß dem Kuxschein eine Blankozession vom Kunden seiner Bank beigefügt wird, wie dies praktisch wohl ausnahmslos geschieht. Erst die Ausfüllung dieser Blankozession macht die Übertragung des Kuxes wirksam. Die Ausfüllung erfolgt aber nicht durch die Bankfirma, sondern durch die Girobank bei Beantragung der Umschreibung auf seinen Namen bei der Gewerkschaft. Die Girobank erwirbt also das Treugut unmittelbar von ihrem Treugeber, dem Kunden der Bankfirma[81a]).

Die Treuhandforderung, die der Kunde gegen die Girobank erworben hat, tritt er nun in allen Fällen automatisch an seine Bank ab. Es ist vorgesehen, daß diese Abtretung in die Geschäftsbedingungen der an dem Treuhandkuxengiroverkehr beteiligten Banken aufgenommen wird. Diese Abtretung würde deshalb immer automatisch vor sich gehen, in dem Augenblick, wo die Treuhandforderung gegen die Girobank in der Person des Kunden entstanden ist. Für diese Abtretung ist keinerlei Form erforderlich, da es sich um eine Forderung handelt. Daß bei der Abtretung einer Treuhandforderung der Treuhandcharakter der Forderung nicht verloren geht, ist bereits oben gezeigt worden. Die Girobank kann also in jedem Fall die Bank als Gläubigerin der Treuhandforderung auffassen und demnach die Treuhandforderung auf dem Girokonto der Bank gutschreiben. Eine Be-

---

81. Siehe oben Seite 51 Abs. 3.

81a. § 2 der „Bestimmungen".

nachrichtigung nach § 409 BGB ist nicht erforderlich, da die Girobank auf Grund der Geschäftsbedingungen der ihrem Girokreis angeschlossenen Banken weiß, daß diese Abtretungen automatisch eintreten.

Die Abtretung der Giroforderungen erfolgt aber auch nur zu treuen Händen der Bank. Das muß auch ausdrücklich in die Geschäftsbedingungen aufgenommen werden. Dadurch erwirbt die treuhänderische Bank auch beim 1. Treuhandverhältnis das Treugut unmittelbar vom Treugeber.

So unbedenklich diese Rechtskonstruktion ist, so erscheint doch die diesbezügliche Formulierung in den „Bestimmungen" nicht glücklich. Es heißt in § 2: „Der Kassenverein läßt sich auf Grund der Abtretungserklärung bei der Gewerkschaft als Gewerke in das Gewerkenbuch eintragen und schreibt den Kuxenbetrag dem Einlieferer auf Treuhandkonto gut. Er hat dem bisherigen Inhaber des Kuxes gegenüber die Stellung eines Treuhänders." Diese Formulierung ist m. E. unverständlich, wenn man nicht die Hintergründe kennt. Zuerst wird gesagt, die Girobank schreibt den Kuxenbetrag dem Einlieferer, d. h. der einliefernden Bank, denn nur Banken können Mitglieder des Girokreises sein, auf Treuhandkonto gut, dann wird gesagt, sie sei Treuhänder gegenüber dem früheren Inhaber, also regelmäßig gegenüber dem Bankkunden. Das ist ein Widerspruch in sich, denn durch die Gutschrift auf Treuhandkonto dokumentiert die Girobank, daß sie sich als Treuhänder des Girokunden betrachtet. Richtig ist nur, daß die Girobank zunächst — einen Augenblick lang — Treuhänder des Bankkunden war, denn von ihm hat sie ja das Treugut erworben. Im nächsten Augenblick ist der Girobank aber die generelle Abtretung solcher Treuhandforderungen durch die Bankgeschäftsbedingungen bekannt geworden. Durch diese Abtretung ist sie nunmehr Treuhänderin der Bank geworden, während dieselbe auf Grund der Abtretung und der Treuhandklausel in den Geschäftsbedingungen ihrerseits Treuhänderin ihres Kunden geworden ist. In den „Bestimmungen" ist also die Reihenfolge der entstehenden Treuhandschaften falsch. Außerdem ist die in den Geschäftsbedingungen enthaltene Abtretung der Treuhandforderung überhaupt nicht erwähnt, weshalb meines Erachtens eine Gedankenlücke in den Bestim-

mungen entstanden ist. Man liest: Die Girobank wird Treuhänder des bisherigen Inhabers, schreibt aber die Treuhandforderung der einliefernden Bank gut. Da fehlt etwas. Deshalb scheint folgende Änderung nötig: „Der Kassenverein läßt sich auf Grund der Abtretungserklärung bei der Gewerkschaft eintragen. Er hat dem bisherigen Inhaber des Kuxes gegenüber die Stellung eines Treuhänders. Der Kassenverein nimmt zur Kenntnis, daß die entstandenen Treuhandforderungen durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der am Giroverkehr teilnehmenden Banken an diese abgetreten werden und schreibt deshalb dem Einlieferer den Kuxenbetrag auf Treuhandkuxengirokonto gut. Als Treuhänder ist er insbesondere verpflichtet, . . ."

Im Ergebnis haben wir also wieder die beiden hintereinandergeschalteten Treuhandverhältnisse, nur daß im Unterschied zum Schuldbuchgiroverkehr diese Hintereinanderschaltung durch die Dreiecksbegründung erreicht wurde, wodurch bei beiden Treuhandverhältnissen die Unmittelbarkeit gewahrt ist[82]).

Beendigung des Treuhandverhältnisses

Weiße Schecks dienen zur Kündigung des Treuhandverhältnisses. Durch das Erlöschen des Treuhandvertrages entsteht für die Girobank die Verpflichtung, das Treugut, die Kuxscheine, an den Treugeber oder dessen Zessionar auszuhändigen und ihm die Möglichkeit der Eintragung im Gewerkenbuch durch Aushändigung einer Abtretungserklärung zu geben. Andererseits entsteht für den Girokunden aber auch die Verpflichtung, die Umschreibung im Gewerkenbuch sofort vornehmen zu lassen. Tut er das nicht, so kann die Girobank als eingetragener Gewerke gegebenenfalls für Zubußen in Anspruch genommen werden, ohne mehr das Recht zur Anheimstellung zu haben, da sie nicht mehr im Besitz des Kuxscheins ist. Um dieser Gefahr zu entgehen, hat sich die Girobank das Recht eingeräumt, selbst die Umschreibung vor Aushändigung des Kuxscheins an den Girokunden zu veranlassen. (§ 5 Abs. 2 des Entwurfes.)

---

82. Jedoch bei dem 1. Treuverhältnis nur beim 1. Eintritt des Kuxes in den Giroverkehr. Vgl. oben S. 67. Nachher kann hier das Treuverhältnis nur durch Verlautbarkeit begründet werden.

Die Kuxengiroüberweisung

Für die Kuxengiroüberweisung liegen die Verhältnisse genau wie bei der Schuldbuchgiroüberweisung. Sie ist also als Abtretung aufzufassen.

Das Pfandrechtsverhältnis

Im Gegensatz zu den Schuldbuchgirobestimmungen enthält auch der Entwurf für den Kuxengiroverkehr keine Vorschriften über Verpfändung. Es sind auch nur rote und weiße, keine grünen Schecks vorgesehen. Dies hat einen historischen Grund, weil der Düsseldorfer Kassenverein auch bisher beim Sammeldepot keine grünen Schecks verwendet hat. Die Verpfändungen werden vielmehr ebenso wie die Übereignungen durch rote Schecks vorgenommen. Dies erscheint im Interesse der Klarheit des Giroverkehrs bedauerlich, denn im gegebenen Fall können Mißverständnisse entstehen, ob eine Verpfändung oder eine Übertragung vorliegt. Die Wiederaufnahme einer ausdrücklichen Regelung und Einführung des grünen Schecks ist wünschenswert.

Gegenstand der Verpfändung wie der Pfändung ist die Treuhandforderung gegen die Girobank. Den Kux selbst können die Girokunden nicht verpfänden und er kann auch nicht von deren Gläubigern gepfändet werden.

Ferngiroverkehr

Ein Ferngiroverkehr ist weder in den geltenden Bestimmungen der rheinischen Kassenvereine, noch in dem Entwurf vorgesehen, obwohl man annehmen sollte, daß zum mindesten zwischen den rheinischen Effektengirobanken ein Bedürfnis dafür bestehe.

§ 7. Jungscheingiroverkehr.

Wirtschaftliche Gründe

Bei der Kapitalerhöhung einer AG pflegt das Bezugsangebot bereits nach Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung zu

erfolgen. Der Neudruck junger Aktien oder Interimsscheine wird dagegen regelmäßig erst in Angriff genommen, wenn die Beschlüsse der Generalversammlung vorliegen. Trotzdem werden die bezogenen, aber noch nicht erschienenen jungen Aktien bereits rege gehandelt. In solchen Fällen geben die Emissionshäuser den Beziehern nach Ausübung des Bezugsrechts und Leistung der Einzahlung sog. Kassenquittungen aus für die Zeit, in der weder Interimsscheine noch Aktienurkunden gedruckt und ausgegeben sind.

Diese den Beziehern übergegebenen Kassenquittungen lauten in der Regel auf den Namen und müssen, wenn der Bezieher eine Unterteilung wünscht, bei den Emissionshäusern durch Ausschreibung neuer Kassenquittungen geteilt werden. Die Kassenquittungen werden gehandelt, auch gepfändet. Dieser Verkehr mit Kassenquittungen bereitet den Banken eine umfangreiche und unerquickliche Arbeit durch Erledigung der Anträge auf Unterteilungen. Auch hat sich der Mißstand eingeschlichen, daß die Bezieher nach Erscheinen der Stücke ihre Kassenquittungen nicht alsbald in Aktien umtauschten, sondern sie lange Zeit liegen ließen und auf diese Weise erreichten, daß die jungen Aktien gebührenfrei bei den Banken im Depot liegen blieben.

An Stelle der Kassenquittungen sind von den Emissionshäusern auch sog. Gutscheine für den Bezug junger Aktien ausgegeben worden, die sich aber in ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung nicht von den Kassenquittungen unterscheiden. Beide sind keine Wertpapiere, sie verkörpern kein Recht. Sie sind nur Beweisurkunde, daß die Einzahlung vollzogen ist und äußeres Kennzeichen dafür, daß der Einzahler durch formlose Übertragung der Aktienrechte Aktionär geworden ist.

Um den Verkehr mit Kassenquittungen zu vereinfachen, ist versucht worden, die Einrichtungen des Giroeffektendepots nutzbar zu machen.

Gegenstand des Jungscheingiroverkehrs

Was sollte aber der Gegenstand des Giroverkehrs sein? Das Aktienrecht selbst? Oder nur der Anspruch auf Lieferung der effektiven Stücke beim Erscheinen? Das natürlichste und nahe-

liegendste wäre es gewesen, das Aktienrecht selbst zum Gegenstand des Giroverkehrs zu machen. Daran dachte man auch zunächst. Da man aber damals (1926) völlig von den Gedankengängen des Sammeldepots beherrscht und der Treuhandgedanke noch nicht akut war, glaubte man, einen solchen Giroverkehr nur auf der Grundlage einer Urkunde durchführen zu können. Man wollte deshalb einen Globalinterimsschein ausstellen lassen. Interimsscheine müssen aber auf den Namen lauten, sonst sind sie nichtig. Der Globalinterimsschein müßte also auf den Namen des Emissionshauses ausgestellt werden. Wie sollten dann aber die Aktienrechte im Girowege übertragen werden, da diese an dem Globalinterimsschein (Wertpapier) hingen? Es wäre denkbar, daß das Emissionshaus den Globalinterimsschein blanko girierte, beim Kassenverein auf Sammeldepot einliefert und durch Schecks verfügt in Beträgen, wie sie für die jungen Aktien vorgesehen sind. Auf diese eine Urkunde würde sich also das Recht aller im Girowege Aktienrechte Erwerbender erstrecken. Was ist das aber für ein Recht aller Aktionäre an dem Globalinterimsschein? Da sich die Wirkungen des Blankogiros nach den Bestimmungen der Wechselordnung richten und nach der herrschenden Meinung bei der Hingabe eines Wechsels an mehrere ein Bruchteilseigentum nicht möglich ist, kommt nur Eigentum zur gesamten Hand in Frage. Die gesamte Hand könnte aber hier nur in Gesellschaftsform geschaffen werden, mit all den hier nicht passenden Folgen des Gesellschaftsrechts. Das würde zu unabsehbaren Schwierigkeiten führen, z. B. könnte das Stimmrecht nur gemeinschaftlich durch alle ausgeübt werden.

Da diese Schwierigkeiten aus der Eigenschaft des Interimsscheins als Namenspapier entstanden, versuchte man mit einer Globalaktie, die nicht notwendigerweise auf den Namen zu lauten braucht, zu helfen. Jedoch umsonst. Der Wille der AG, einzelne Aktienurkunden auszugeben, ist bekannt. Gibt sie zunächst eine Globalaktie aus, so ist klar, daß sie damit nur eine Zwischenlösung meint. Für diesen provisorischen Zustand bis zur Ausgabe der endgültigen Aktienurkunden hat aber das Gesetz den Interimsschein vorgesehen. Die Globalaktie wäre also hier nur ein verkappter Interimsschein und könnte keine anderen Wirkungen als dieser hervorbringen. Alles andere wäre Gesetzes-

umgehung. Auf die einfachste Lösung, durch formlose Abtretung die ganzen Aktienrechte auf die Girobank treuhänderisch zu übertragen und diese dann im Giroweg verfügen zu lassen, ist man nicht gekommen, weil man immer noch von dem Sammeldepot ausging. Man hat deshalb überhaupt aufgegeben, den Giroverkehr für Aktienrechte einzurichten, sondern hat sich darauf beschränkt, Forderungen auf Lieferung von Urkunden beim Erscheinen im Giroweg zu übertragen.

Das Verfahren nach den Bestimmungen über den Jungscheingiroverkehr[84])

Die AG, die junge Aktien auszugeben beabsichtigt, verpflichtet sich in einem Schreiben (Jungschein)[85]) der Girobank gegenüber, die Aktienurkunden nach Ausgabe für Rechnung des Emissionshauses unmittelbar an die Girobank zur Aufnahme in das Giroeffektendepot zu liefern. Nach Eingang des Jungscheins eröffnet die Girobank dem Emissionshaus ein Jungscheinkonto[86]) und schreibt ihm auf diesem Konto den Nennbetrag des Jungscheins gut. Die Urkunden, durch die die Überweisungen durchgeführt werden, heißen hier nicht Scheck, sondern Anweisungen. Auch sind sie nicht rot und grün, sondern weiß-rot und weiß-grün gestreift[87]). Bei der weiß-grünen Anweisung wird der Betrag dem Girokonto abgeschrieben und einem Pfandkonto gutgeschrieben. Besonders ist noch zum Ausdruck gekommen, daß die Girobank zu Verfügungen über die auf Jungscheinkonto verbuchten Beträge nur auf Anweisung des betreffenden Kontoinhabers berechtigt ist[88]).

---

84. Die Überschrift heißt: „Bestimmungen betreffend die Benutzung der Einrichtungen der Bank des Berliner Kassenvereins für den Verkehr in bezogenen, aber noch nicht erschienenen jungen Aktien.“ Damit ist rechtlich nichts gesagt.

85. Für den Jungschein werden Vordrucke ausgegeben.

86. Sollte richtig heißen: Jungscheingirokonto.

87. Man wollte unnötigerweise einen Unterschied zum Effektengiroscheck begründen.

88. Beim Schuldbuch- und Kuxengiroverkehr fehlt eine solche Bestimmung, weil sie sich dort von selbst versteht.

Rechtliche Würdigung dieses Verfahrens

Der Aufbau dieses Verfahrens läßt erkennen, daß man von bankseite bei Abfassung der „Bestimmungen" nicht von dem Treuhandgedanken ausgegangen ist. Das Wort Treuhand kommt nirgends vor. Auch ohne dieses Wort hätte man aus der tatsächlichen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Girobank und Girokunden auf einen dahingehenden Willen der Banken schließen können. Aber gerade die tatsächliche Ausgestaltung weist nicht auf eine treuhänderische, sondern auf eine rein obligatorische Ausgestaltung des Giroverhältnisses hin.

Würde es sich um ein Treuverhältnis handeln, so wäre das Treugut die Forderung gegen die AG auf Lieferung junger Aktienurkunden. Treugeber müßte der Gläubiger dieser Forderung sein, also das Emissionshaus. Nach den Bestimmungen erwirbt aber die Girobank ausdrücklich nicht von dem Emissionshaus die Forderung, sondern begründet der Girobank gegenüber selbständig und direkt ein Schuldversprechen (§ 780 BGB). Dieses Verfahren unterscheidet sich aber grundsätzlich von der Begründung eines Treuhandverhältnisses. A. kann nicht zu B. sagen: ich verpflichte mich Dir gegenüber zur Lieferung von Waren, sei Du mein Treuhänder für diese Forderung. Es ist vielmehr so, daß die Girobank wirklicher Gläubiger der Lieferungsforderung gegen die AG wird, und sich ihrerseits durch Gutschrift auf Jungscheinkonto dem Kontoinhaber gegenüber verpflichtet, effektive Stücke zu liefern. Guthaben auf Jungscheinkonto ist also ein obligatorisches Forderungsrecht, ähnlich wie bei einem Depositenkonto, nur nicht auf Geld, sondern auf Lieferung junger Aktien und unter der Bedingung, daß solche Aktien auch tatsächlich der Girobank geliefert werden. Man kann das Guthaben auf Jungscheinkonto etwa vergleichen mit einem Depositenguthaben, das unter der Bedingung gutgeschrieben ist: Eingang vorbehalten.

Ergebnis: Der augenblicklich durchgeführte Jungscheingirroverkehr ist kein Treugiroverkehr, sondern wird auf rein obligatorischer Grundlage durchgeführt.

Mit dieser Regelung ist das Ziel und die Aufgabe der rechtlichen Ausgestaltung eines Giroverkehrs, wie sie am Anfang

dieser Untersuchungen festgestellt wurden, denkbar ungünstig gelöst. Die Giromitglieder haben nur einen obligatorischen Anspruch auf den Gegenstand des Giroverkehrs. Was geschieht bei einer Pfändung gegen die Girobank oder in deren Konkurs? Der Girokunde kann weder widersprechen noch aussondern, es liegt genau wie bei den auf Depositenkonto eingezahlten Geldern. Nun ist allerdings der Konkursfall einer Girobank theoretisch, die mangelnde Schutzstellung des Girokunden beim Jungscheingiroverkehr wird deshalb nie praktisch werden. Entweder unterbaut man aber den Giroverkehr rechtlich oder man verzichtet überhaupt auf rechtlichen Schutz und baut den Giroverkehr allein auf dem Vertrauensmoment auf. Dann brauchte man aber auch bei dem Schuldbuchgiroverkehr und bei dem Kuxengiroverkehr keine großen Treuhandkonstruktionen aufzustellen. Daß man dort den treuhänderischen Rechtsschutz auch der Girobank gegenüber geschaffen hat, zeigt, daß man von bankseite einen solchen Schutz für die Sicherheit des Verkehrs doch nicht für rein theoretisch hielt. In diesem Punkt ist der Jungscheinverkehr also einem Treugiroverkehr unterlegen.

Der Jungscheingiroverkehr hat aber noch andere Mängel. So können an ihm die Giromitglieder nur mit eigenen Werten teilnehmen, nicht aber mit den Werten ihrer Kunden. Der Kunde, der von seiner Bank bezogene, aber noch nicht erschienene Aktien kaufen will, will sofort Aktionär werden, mindestens aber das Bezugsrecht auf Lieferung der Aktienurkunde beim Erscheinen erwerben. Eine solche Rechtsstellung kann ihm aber seine Bank mit den Mitteln des heutigen Jungscheingiroverkehrs nicht verschaffen. Sie hat selbst nicht die Forderung gegen die AG auf Lieferung der jungen Aktien. Diese steht der Girobank zu. Die Bank hat eine Forderung gegen die Girobank auf Auslieferung der Urkunden, sofern die Girobank sie von der AG erhalten hat. Aber nicht einmal diese Forderung gegen die Girobank kann die Bank ihrem Kunden abtreten, da mit einer solchen Abtretung der Bankkunde Gläubiger der Girobank und in den Girokreis hineingezogen würde. Das ist aber durch die „Bestimmungen", die nur Banken und Bankiers zu dem Giroverkehr zuläßt, ausgeschlossen. Die Bank kann ihrem Kunden also höchstens eine gewöhnliche Forderung auf Ausübung ihrer

Forderung gegen die Girobank begründen. Mit einer solchen ist dem Kunden aber wenig gedient. Er ist der doppelten Gefahr einer Zwangsvollstreckung gegen seine Bank und gegen die Girobank ausgesetzt, gegen beide kann er sich nicht wehren.

Wenn deshalb ein Kunde einer am Girokreis beteiligten Bank von dieser junge, aber noch nicht erschienene Aktien kauft, so muß dieser Wert aus dem Giroverkehr ausscheiden. Die Bank müßte dann den entsprechenden Betrag von ihrem Jungscheingirokonto auf das Jungscheinkonto des Emissionshauses zurückübertragen lassen und gleichzeitig das Emissionshaus anweisen, dem Erwerber eine Kassenquittung auszustellen[89]). Der heutige Jungscheingiroverkehr ist also wegen seiner mangelhaften Rechtsnatur nicht fähig, die Jungscheinwerte für den Giroverkehr zu erfassen und ihm zu erhalten. Er muß als eine unbefriedigende Teillösung bezeichnet werden.

Bei den Betrachtungen bisher sind nur die Bezugsrechte auf Aktienurkunden behandelt worden. Was ist aber mit den Aktienrechten selbst geschehen? Durch die Zeichnung war zunächst das Emissionshaus Aktionär geworden. Die in dem Aktienrecht enthaltenen Mitgliedschafts- und Anteilsrechte standen dem Emissionshaus unverbrieft zu. Eine Übertragung konnte durch formlosen Übertragungsvertrag vor sich gehen (§ 413 BGB). Vor dem Jungscheingiroverkehr ging das Verfahren nun folgendermaßen weiter: im Augenblick, wo eine Bank oder ein sonstiger Kunde des Emissionshauses bezogene, aber noch nicht erschienene Aktien kaufte und bezahlte, übertrug das Emissionshaus dem Erwerber formlos Aktienrechte in der entsprechenden Höhe. In dieser Übertragung war auch die Abtretung des Lieferungsrechts — als Bestandteil des unverbrieften Aktienrechts — enthalten. Als Beweis und Verlautbarung, nicht aber als Verbriefung wurden Kassenquittungen oder Gutscheine ausgegeben. Seit der Einrichtung des Jungscheingiroverkehrs sind nun Aktienrecht und Bezugsrecht verschiedene Wege ge-

89. Dieses in der Praxis ständig geübte Verfahren ist nicht in die Bestimmungen aufgenommen worden, weil es streng genommen außerhalb des Giroverkehrs liegt. — Es liegt also der sonst beim Effektengiroverkehr längst überwundene Vorkriegszustand vor, ehe der „erweiterte Effektenverkehr" die Kundenbestände in den Giroverkehr einbezog.

gangen. Durch den Jungschein ist die Girobank Gläubigerin sämtlicher Bezugsrechte geworden, während das Emissionshaus Aktionär blieb. Das Lieferungsrecht auf die Aktienurkunde ist also von dem Gesamtaktienrecht abgespalten worden. Kaufte nun ein Dritter eine Aktie bei dem Emissionshaus, so übertrug dieses ihm formlos das Aktienrecht, während er das Bezugsrecht nicht erhielt, sondern durch Gutschrift auf Jungscheinkonto nur ein Forderungsrecht gegen die Girobank auf Ausübung des Bezugsrechts und Lieferung des durch die Ausübung erlangten. Auch weiterhin hatten Bezugsrecht und Aktienrecht verschiedene Schicksale. Übertrug der Girokunde seine Rechte im Girowege weiter, so geschah rechtlich jedesmal folgender komplizierter Vorgang: er trat direkt ohne Inanspruchnahme des Giroverkehrs seine Aktienrechte an den Erwerber ab und gab ihm ferner einen roten (hier weiß-rot gestreiften) Scheck. Dieser hat im Gegensatz zu den bisher behandelten Treugiroarten den Charakter einer Anweisung, wie sein Name schon sagt. Ferner enthielt er einen Verzicht gegenüber der Girobank auf seine Jungscheinforderung. Die Girobank schrieb also den entsprechenden Betrag von seinem Konto ab und begründete dem Erwerber gegenüber eine neue Jungscheinforderung[90]). Dieses rechtliche Sonderleben von Aktienrecht und Bezugsrecht, die natürlicherweise zusammengehören, mutet außerordentlich künstlich und gezwungen an.

Zunächst erscheint es durchaus nicht bedenkenfrei, ob es rechtlich überhaupt möglich ist, das Bezugsrecht von dem Aktienrecht abzuspalten. Liegt es nicht ähnlich wie beim Herausgabeanspruch des Eigentümers? (§ 985 BGB.) Auch dieser kann nicht in der Weise vom Eigentum abgetrennt werden, daß das Eigentum nun ohne Herausgabeanspruch weiter besteht und dieser ein rechtliches Sonderleben führt. Höchstens auf Grund der Ermächtigung § 185 BGB, kann das Recht aus § 985 BGB selbständig geltend gemacht werden. Wäre es notwendig, diese Konstruktion bei dem Jungscheingiroverkehr anzuwenden, würde sich die ganze Rechtsstellung der Girobank erheblich verändern, vor allem hätte jeder Girokunde einen direkten Anspruch gegen

90. Diese Begründung kann die Girobank entweder nach § 780 BGB vornehmen oder durch Vertrag nach § 315 BGB als Vertreterin für beide.

die AG auf Lieferung der Urkunden auf Grund seines unverbrieften, aber vollen Aktienrechts. Es ist hier jedoch nicht Raum, die Frage der Teilung der Rechtszuständigkeit in Vollrecht und Bezugsrecht erschöpfend zu untersuchen.

Eine weitere Gefahr dieser Rechtsspaltung sehe ich aber auch in der Möglichkeit, daß die beiden selbständigen Rechte definitiv getrennte Wege gehen. Was geschieht, wenn ein Giromitglied sein Aktienrecht einem anderen formlos abtritt, ohne ihm eine weiß-rote Anweisung für die Girobank zu geben? Oder wenn er ihm zwar eine Anweisung gibt, aber die Girobank irrtümlich auf einem anderen Konto bucht? Oder die Girobank ordnungsmäßig nach Erhalt einer weiß-roten Anweisung bucht, ohne daß eine rechtswirksame Abtretung der Aktienrechte stattgefunden hat? Alles Fälle, die jeden Tag eintreten können und die den Bezugsberechtigten in die Lage versetzen, die neuen Aktienurkunden zu verlangen, ohne daß ihm das Aktienrecht zusteht, während der wirkliche Aktionär zusehen muß, wie durch die Aushändigung der Aktie an den Bezugsberechtigten sein Aktienrecht untergeht. (Recht folgt dem Papier.) Dieser Fall scheint im übrigen auch die Bedenken, die gegen eine Abspaltungsmöglichkeit des Bezugsrechts vom Gesamtaktienrecht vorgebracht worden sind, zu bekräftigen. Das Bezugsrecht spielt hier die Rolle des effektiven Stücks, des Wertpapiers. Der Aktionär ohne Bezugsrecht steht deshalb da, wie der Aktionär ohne Wertpapier, d. h. rechtlos. Daraus würde auch folgen, daß zu einer wirksamen Übertragung unverbriefter Aktienrechte die Abtretung des Bezugsrechts erforderlich ist, ebenso wie normalerweise die Übergabe des Papiers.

Die allgemeinen, hier vorgetragenen Bedenken gegen den Jungscheingiroverkehr in seiner heutigen Form und insbesondere die Bedenken gegen die Rechtsspaltung von Bezugsrecht und Aktienrecht mögen vorwiegend theoretisch sein und die Praxis reibungslos arbeiten. So ist doch unzweifelhaft die ganze Rechtsgrundlage des heutigen Jungscheingiroverkehrs unklar und birgt Gefahren in sich, die man vermeiden sollte, wenn nicht wirkliche zwingende Zweckmäßigkeitsgründe zu ihrer Hinnahme nötigen. Warum hat man aber die ganze Rechtsteilung vorgenommen?

Weil eine Vollrechtsstellung der Girobank als Aktionär nicht tragbar erschien. Ohne eine treuhänderische Bindung ist sie tatsächlich auch nicht tragbar. Wenn der Treuhandgedanke bei Schaffung des Jungscheingiroverkehrs für das Bankgewerbe noch nicht genügend klar herausgearbeitet war, um als Grundlage eines Giroverkehrs zu dienen, so ist er es heute und bei den bisherigen Treugiroarten bereits genügend erprobt. Es ist deshalb an der Zeit, die Bestimmungen über den Jungscheingiroverkehr zu ändern und unzweideutig auf der Treuhandgrundlage aufzubauen, durch die die bisherigen Schwierigkeiten mit einem Schlag aus der Welt geschafft wären.

Der neue Jungscheingiroverkehr auf Treuhandgrundlage

Wie bei den übrigen Treugiroarten wären auch hier drei Beteiligte vorhanden. Treugeber ist das Emissionshaus, Treuhänder die Girobank. Treugutschuldner die AG. Treugut das unverbriefte Aktienrecht. Die Treugutsübertragung ist unmittelbar von dem Emissionshaus auf die Girobank vorgenommen worden.

Gegenüber dem bisherigen Jungscheingiroverkehr hat der treuhänderische auch den Vorteil, daß die Kunden der Giromitglieder an ihm teilnehmen können. Wie bei den anderen Treugiroarten ist dann das bekannte Verhältnis: Kunde — Bank — Girobank gegeben. Treugut ist hier die Treuhandforderung der Bank gegen die Girobank. Diese erwirbt der Treuhänder nie vom Treugeber, auch die Dreieckkonstruktion der Begründung geht hier nicht, weil der Giroverkehr hier gewissermaßen von hinten aufgezäumt wird, d. h. vom Schuldner, während sonst immer von dem Gläubiger. Ohne die Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses käme man hier also gar nicht weiter. Die Offenkundigkeit ist leicht durch die oben geschilderten Buchungsmethoden herbeizuführen. Somit bietet auch dieses fiduziarische Treuhandverhältnis keine Begründungsschwierigkeiten.

Für die Giroüberweisung, die Verpfändung und Pfändung des Treuguts und den Ferngiroverkehr gilt das beim Schuldbuch- und Kuxengiroverkehr Gesagte. Hieraus ist schon ersichtlich, daß die Verhältnisse bei allen Treugiroarten im wesentlichen

gleich liegen, so daß man diesen Giroverkehr durch einen formularmäßigen Mustervertrag normieren kann, der dann lediglich wegen der verschiedenen Rechtsnatur der Gegenstände des Giroverkehrs bei der Begründung Abweichungen aufweist[91]).

Für den vorstehend beschriebenen Jungscheintreugiroverkehr braucht man keinen Jungschein mehr, d. h. kein Schreiben der AG, in dem sie sich zur Lieferung der Urkunden beim Erscheinen verpflichtet, denn Treugut ist ja jetzt das Vollaktienrecht, aus dem sich das Bezugsrecht ohne weiteres selbst ergibt. Das Treugut, das Aktienrecht, wird dem Treuhänder, der Girobank von dem Treugeber, dem Emissionshaus formlos abgetreten, so daß gar kein „Schein" vorhanden ist. Immerhin wird das Emissionshaus der Girobank eine schriftliche Bestätigung über die erfolgte formlose Abtretung zugehen lassen. So wird man eben dieses Schreiben in Zukunft „Jungschein" nennen, so daß der alte, treffende und überall bekannte Name nicht aufgegeben zu werden braucht[92]). Man muß sich nur klar sein, daß der Inhalt dieses Wortes gewechselt hat. Früher war der Jungschein eine Beweisurkunde dafür, daß der in ihm als Berechtigter Benannte ein Bezugsrecht hatte. Der neue Jungschein ist dagegen eine Beweisurkunde für die Abtretung der unverbrieften Aktionärsrechte.

Der Jungscheintreugiroverkehr findet sein Ende durch die Lieferung der Aktienurkunden von der AG an die Girobank, denn sobald die Girobank die Urkunden erhält, legt sie sie ins Sammeldepot und die Girokunden und Bankkunden erhalten an Stelle ihrer bisherigen Treuhandforderungen Sammeldepotanteile. Würden die Aktienurkunden doch nie erscheinen! Der klare und einfache und übersichtliche Treugiroverkehr in unverbrieften Aktien, den alle fortschrittlich Denkenden schon seit langem fordern[93]), wäre damit zu einer Dauereinrichtung geworden.

---

91. Bei der Neufassung von Bestimmungen ist deshalb eine typenmäßige Angleichung zu erstreben.

92. Auch dieser Name ist eine Wortschöpfung von Opitz, vgl. BankArch. XXVI Nr. 10, S. 242.

93. Schönwandt, „Zahlungsverkehr und Bankbetrieb", 1928, S. 71 ff.; Ascher, „Rechtsgrundlagen des stückelosen Effektengiroverkehrs", § 4.

§ 8. Die Geltung des neuen Depotgesetzes für die treuhänderischen Verwahrungsverhältnisse

Bedeutung des § 42 Depotgesetz vom 4. Februar 1937

§ 42 neues Depotgesetz lautet:

„Der Reichsminister der Justiz kann im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister und dem Reichsminister der Finanzen die Anwendung von Vorschriften dieses Gesetzes für Fälle vorschreiben, in denen Kaufleute als Treuhänder für Dritte Wertpapiere besitzen oder erwerben oder Beteiligungen oder Gläubigerrechte ausüben oder erwerben oder in öffentliche Schuldbücher oder sonstige Register eingetragen sind.

(2) Der Reichsminister der Justiz kann im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren sowie den Erwerb und die Ausübung von Beteiligungen und Gläubigerrechten im Ausland ergänzend regeln.

(3) Bei Erlaß von Regelungen nach Abs. 1 und 2 kann von den Vorschriften dieses Gesetzes abgewichen werden."

Durch diese Ermächtigung des Reichsjustizministers, die Anwendung von Vorschriften des Depotgesetzes für treuhänderische Verwahrungsverhältnisse anzuordnen, ist eine große Gelegenheit gegeben, die Rechtsgrundlage des Treugiroverkehrs, insbesondere den Schutz des Treugebers, weiter zu vervollkommnen. Vor allem in zweierlei Beziehungen bestehen noch Verbesserungsmöglichkeiten:

1. durch eine gesetzliche Feststellung der Erfordernisse der Verlautbarung des Treuverhältnisses, die letzten Probleme der Treuhandbegründung aus der Welt zu schaffen,

2. weitere Sicherung des Treugebers gegen pflichtwidriges Verhalten des Treuhänders durch Anwendung der Strafbestimmungen für Depotunterschlagung.

Wieweit im übrigen die Vorschriften des neuen Depotgesetzes anzuwenden sind, wird sich durch die Bedeutung des treuhänderischen Bankverhältnisses als einer besonderen Art der bankmäßigen Ver-

wahrung ergeben. Es sind deshalb zunächst die einzelnen Verwahrungsverhältnisse, die das neue Gesetz vorsieht, zu betrachten und festzustellen, welches davon der treuhänderischen Verwahrung in der Wirkung und der rechtlichen Ausgestaltung am nächsten kommt und für eine analoge Anwendung dementsprechend am ehesten in Frage kommt.

Die Treuhand als bankmäßiges Verwahrungsverhältnis

Das neue Depotgesetz sieht sechs Verwahrungsverhältnisse vor, die sich mehr oder minder voneinander unterscheiden:

1. Sonderverwahrung, § 2 DepGes. Hier ist der Hinterleger Eigentümer. Die Bank ist nur auf Grund des obligatorischen Verwahrungsvertrags zum Besitz berechtigt. Ebenso liegen die Berechtigungen bei der Drittverwahrung (§ 3 DepGes.). Durch die Einlegung der Wertpapiere bei einem Zwischenverwahrer wird das Eigentum des ursprünglichen Verwahrers nicht gestört.

2. Sammelverwahrung, § 5 DepGes. Durch die Einlegung von Wertpapieren in die Sammelverwahrung verlieren die Hinterleger ihr Eigentumsrecht an dem hinterlegten Papier und erwerben dafür Miteigentum nach Bruchteilen an dem zum Sammelbestand des Verwahrers gehörenden Wertpapieren der gleichen Art. Zum Besitz ist die Bank auch hier nur auf Grund des obligatorischen Verwahrungsvertrags berechtigt. Ihre Rechtsstellung ist aber durch die Geschäftsbedingungen für das Giroeffektendepot verstärkt worden.

§ 8 der Geschäftsordnung lautet:

„Ungeachtet die Bank des Berliner Kassenvereins nicht Eigentümer der hinterlegten Effekten wird, ist sie doch berechtigt, Dritten gegenüber alle Rechte eines Eigentümers geltend zu machen."

Es handelt sich hierbei um eine Ermächtigung nach Paragraph 185 BGB.

3. Tauschverwahrung, § 10 DepGes. Auch bei dieser Verwahrungsart bleibt der Hinterleger stets Eigentümer bestimmter Stücke der gleichen Art. Denn bis zum Tausch bleibt er Eigen-

tümer des von ihm eingelieferten Stücks, und mit dem Tausch wird er Eigentümer des Ersatzstücks. Er ist also in keinem noch so kurzem Zeitraum auf einen rein schuldrechtlichen Anspruch beschränkt. Auch hier hat die Bank nur ein obligatorisches Besitzrecht.

4. Unregelmäßige Verwahrung, § 15 DepGes. Bisher wurde die unregelmäßige Effektenverwahrung Stückekonto genannt. Obgleich dieser Name bisher allgemein gebräuchlich war, hat der Gesetzgeber dieses Wort absichtlich und mit gutem Grund ausgelassen, denn es bringt nichts anderes zum Ausdruck als das Wort Depotkonto[94]). So sagt Opitz[95]): „Man gebraucht also in der Bankpraxis zwei Worte, die dasselbe zum Ausdruck bringen für verschiedene, im scharfen Gegensatz zueinander stehende Tatbestände." Das hat natürlich zu häufigen Mißverständnissen Anlaß gegeben, weil die Depotkundschaft immer wieder davon ausgegangen ist, daß Gutschrift auf Stückekonto das Vorhandensein effektiver Stücke bedeutet. Es war wieder Opitz, der hier ein neues, treffendes Wort gefunden hat[95]): „Aberdepot." Hier weiß jeder, was gemeint ist, auch der Laie versteht, daß bei diesem Depot irgendein „Aber" dabei ist, daß es ein unrichtiges Depot darstellt. Das Wort hat sich deshalb auch sehr schnell eingebürgert und ist heute in Bankkreisen schon Allgemeingut.

Beim Aberdepot wird die Bank sofort Eigentümerin und der Kunde ist auf einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr von Wertpapieren derselben Art und Menge angewiesen.

5. Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum, Paragraph 13 DepGes. Hier ist zunächst eine regelmäßige Verwahrung gegeben. Die Bank ist jedoch ermächtigt (§ 185 BGB), von sich aus jederzeit diese regelmäßige Verwahrung in eine unregelmäßige umzuwandeln (Aberdepot).

6. Damit ist die Reihe der gesetzlichen Verwahrungsverhältnisse erschöpft. Indirekt ergibt sich jedoch aus einer Vorschrift über die Einkaufskommission noch ein weiteres Verwahrungsverhältnis[96]). Nach § 19 DepGes. darf nämlich der Kommissionär

94. Opitz, Stückekonto, S. 318.

95. Opitz, Komm. DepGes., § 15, Bem. 7.

96. Verwahrungsverhältnis in dem weiteren Sinn, daß auch unregelmäßige darunter fallen, wie auch im Depotgesetz.

die Übersendung des Stückeverzeichnisses, d. h. die Übereignung aussetzen, wenn er wegen der Forderungen, die ihm aus der Ausführung des Auftrages zustehen, nicht befriedigt ist und auch nicht Stundung bewilligt hat. Wie ist nun aber in diesem Stadium die Rechtslage zwischen Kunde und Bank in Beziehung auf das Kommissionsgut? Eigentümer ist der Kunde ohne Zweifel noch nicht geworden, andererseits muß man ihm aber schon eine stärkere Rechtsstellung als ein bloßes Forderungsrecht auf ein Wertpapier der betreffenden Art zugestehen. Auf ein solches Verhältnis passen aber die hier aufgezählten Verwahrungsarten nicht. Es ist das Verdienst von Opitz, klargestellt zu haben[96]), daß hier ein besonderes Verwahrungsverhältnis vorliegt, das sich dadurch charakterisiert, daß die Bank Eigentümerin ist, aber verpflichtet ist, immer Wertpapiere der betreffenden Art in der betreffenden Höhe vorrätig zu haben. Hiermit ist die Hauptgefahr, die für die Depotkundschaft in dem Aberdepot liegt, ausgeschaltet[97]). Opitz[98]) hat dieser Verwahrung den Namen Wertpapierguthaben und der Buchführung dieser Verwahrung den Namen Wertpapierrechnung gegeben.

7. In diese Reihe der sechs verschiedenen Verwahrungsarten heißt es jetzt, die treuhänderische Verwahrung einzubauen. Es kann nach den vorgenommenen Untersuchungen nicht mehr zweifelhaft sein, wodurch sich die Treuhand als Verwahrungsverhältnis kennzeichnet. Eigentum erwirbt die Bank (Treuhänder), und zwar als eigenes Recht. Sie ist nur verpflichtet, Wertpapiere oder Forderungen derselben Art und Menge zurückzugewähren, aber ebenso wie bei der Wertpapierrechnung und im Gegensatz zum Aberdepot ist die Bank verpflichtet, immer Deckung zu halten.

Die treuhänderische Verwahrung ist also ihrem rechtlichen Gehalt nach der Wertpapierrechnung am ähnlichsten. Der Unterschied liegt vor allem in den quasidinglichen Wirkungen der Treuhand, die das treuhänderische Eigentum zu einem wirklich gehemmten Eigentum machen, weil sie die dinglichen Wirkungen

97. Opitz spricht hier von einem gehemmten Eigentum. Ich weiß nicht, ob es zweckmäßig ist, bei einer obligatorischen Bindung von einer Eigentumshemmung zu sprechen.

98. Opitz, Komm. DepGes., § 15. Bem. 7.

des Eigentums einschränken. Diese Wirkungen fehlen bei der Wertpapierrechnung. Aber nicht hierin allein liegt der Unterschied der beiden Verwahrungsarten. Auch die Begründung von Wertpapierrechnung und Treuhand ist verschieden. Die Wertpapierrechnung entsteht durch eine unerwünschte Stockung des Kommissionsverhältnisses, während die Treuhand durch eine auf Grund einer pactum fiduciae vorgenommen Übereignung entsteht. Schließlich ist der Zweck der beiden Einrichtungen grundverschieden: die Wertpapierrechnung hat provisorischen Charakter, sie ist eine Zwischenlösung, die mit der Abwicklung des Kommissionsverhältnisses ihr Ende findet; die treuhänderische Verwahrung ist wie andere Verwahrungsart als Dauerzustand gewollt.

Dagegen ist der Zweck der treuhänderischen Verwahrung dem der Sammelverwahrung sehr ähnlich. Es handelt sich in beiden Fällen darum, Werte verschiedener Personen zu sammeln, damit die Übertragung durch bloße Umbuchung vorgenommen werden kann, ohne daß bei der Sammlung dem Einleger (Bankkunden) wesentliche Rechte verloren gehen. Der Gleichheit des wirtschaftlichen Zwecks beim Treudepot und Sammeldepot steht eine Verschiedenartigkeit der rechtlichen Ausgestaltung gegenüber. Da hier aber untersucht wird, welche Vorschriften der gesetzlichen Verwahrungsarten a n a l o g für die Treuhand anwendbar sind, ist die Gleichheit des Zwecks ausschlaggebend. In erster Linie werden also die Vorschriften über das Sammeldepot für die treuhänderische Verwahrung entsprechend anzuwenden sein.

Ob man nach dem über die Rechtsnatur der Treuhandverwahrung Gesagtem diese zu den regelmäßigen oder unregelmäßigen Verwahrungsarten rechnen will, ist Geschmacksache. Bisher hat man als Kennzeichen der regelmäßigen Verwahrung immer die Beibehaltung des Eigentums durch den Hinterleger genommen. Danach könnte die treuhänderische Verwahrung keine regelmäßige sein, denn der Kunde behält hier nicht sein Eigentum, sondern überträgt es seiner Bank, wenn auch nur treuhänderisch gehemmtes Eigentum. Andererseits ist die treuhänderische Verwahrung, vom Interessenstandpunkt aus gesehen, regelmäßig, denn das Interesse bleibt beim Kunden und ist für die

Bank fremd. Die Begriffe regelmäßige und unregelmäßige Verwahrung reichen also zur Unterbringung der treuhänderischen Verwahrung nicht aus.

Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen des Depotgesetzes auf die treuhänderische Verwahrung

Nachdem so die Einordnung der Treuhand in die Reihe der gesetzlichen Verwahrungsverhältnisse verdeutlicht worden ist, können die einzelnen Bestimmungen auf ihre Anwendbarkeit für die Treuhand geprüft werden:

§ 1: Die Erweiterung, die § 42 vorsieht, trifft diese Bestimmung, denn nun unterliegen nicht nur Wertpapiere, sondern auch Forderungen und andere unverbriefte Rechte dem Depotgesetz.

§ 3: Bei der für Girozwecke eingerichteten treuhänderischen Verwahrung gibt es keine Drittverwahrung, weil der treuhänderische Verwahrer immer Eigentum erwirbt.

§ 4: An die Stelle der bisherigen Fremdanzeige ist im Verkehr der Kreditinstitute untereinander die Fremdvermutung getreten. Die treuhänderische Bank darf also nicht sagen, sie sei Eigentümerin, sonst macht sie sich nach § 35 strafbar. Wen sie überhaupt eine Erklärung über ihr Eigenrecht abgibt, muß sie die treuhänderische Bindung erklären, sonst § 35. (§ 4 Abs. 1, Seite 1.)

Die Beschränkung des Pfand- und Zurückbehaltungsrechts nach § 4 Abs. 1, S. 2 haben die Effektengirobanken bereits in ihren Geschäftsordnungen und „Bestimmungen" aufgenommen. Trotzdem ist es erwünscht, daß durch Gesetz die entsprechende Anwendbarkeit des § 4 erklärt wird, schon für die Fälle, in denen sich in den treuhänderischen Giroverkehr Provinzbankiers einschalten und die Banken eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts, wie es die Effektengirobanken zum Ausdruck gebracht haben, nicht kennen.

§ 5: Wichtig ist die analoge Anwendbarkeit des Abs. 1. Auch die treuhänderische Bank verwahrt die verschiedenen Treugüter ihrer Girokunden ungetrennt voneinander und unge-

trennt von den eigenen Werten. Dabei entsteht das Problem, ob die treuhänderische Natur des gemeinsamen Sammelguthabens dadurch zerstört werden kann, daß sich auch eigene Werte dabei befinden. Eine dem § 5 Abs. 1 entsprechende gesetzliche Erlaubnis für den treuhänderischen Verwahrer würde dieses Problem aus der Welt schaffen.

§ 12 analog anzuwenden. Allerdings ist die Beschränkung der Verpfändungsbefugnis schon ein selbstverständlicher Inhalt des pactum fiduciae.

§ 14: Ganz besonders wichtig für die Begründungsprobleme der treuhänderischen Verwahrung ist die analoge Anwendung dieser Vorschrift. Banktechnisch ist das Verwahrungsbuch zunächst eine Buchungseinrichtung, die für einen ordnungsmäßigen Betrieb intern erforderlich ist. Heute hat das Verwahrungsbuch erhöhte Aufgaben und erhöhte Bedeutung. Es soll die Beziehungen und besonderen Vereinbarungen, die für ein bestimmtes Effekt getroffen worden sind, klarlegen, verlautbaren, offenkundig machen. Die Fassung der Vorschrift bringt diesen Zweck klar zum Ausdruck: es ist von „ersichtlich machen" (Absatz 4) und von „kenntlich machen" (Abs. 5) die Rede.

Bei der Treuhandbegründung ist gerade nach einem wirksamen Verlautbarungsmittel gesucht worden. Hier ist es gefunden. Das Gesetz hat in dem Verwahrungsbuch ein solches Offenbarungsmittel gegeben. Zur Kenntlichmachung der treuhänderischen Verwahrung müssen also die Gegenstände des Giroverkehrs in das Verwahrungsbuch eingetragen werden und das Treuhandverhältnis im Verwahrungsbuch zum Ausdruck kommen: Gutschrift auf Treuhandkonto des Verwahrungsbuches.

Durch die Eintragung der treuhänderischen Verwahrung als einer solchen in das Verwahrungsbuch wird das Treuhandverhältnis offenkundig und die Unmittelbarkeit der Treuhandbegründung ist nicht mehr nötig.

§ 19 ist analog anzuwenden.

§ 20 ist ohne weiteres entsprechend anzuwenden. Man braucht nur an Stelle der Worte: „. . ., daß er ihm Miteigentum an dem zum Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank gehörenden Wertpapiere verschafft", die Worte setzen: „. . ., daß

er ihm eine Treuhandforderung auf eine Giroforderung entsprechender Höhe verschafft."

Dann kommt die für die Treuhand ganz besonders wichtige und notwendige entsprechende Anwendung des Abs. 2: mit der Eintragung des Treuguts auf ein Treuhandkonto des Verwahrungsbuchs erwirbt der Kunde eine Treuhandforderung an dem Treugut: Schuldbuchgiroforderung, Kuxengiroforderung, Jungscheingiroforderung.

Durch die analoge Anwendung des § 19 und des § 24 sind also alle Treugutsbegründungsschwierigkeiten beseitigt.

§§ 32 und 33 brauchen nicht herangezogen werden, weil der Treugeber schon durch die quasidinglichen Wirkungen besser geschützt ist als durch die §§ 32 und 33.

§ 34: Die entsprechende Anwendung ist sehr wichtig, weil dadurch eine hervorragende Verstärkung der obligatorischen Ansprüche des Treugebers auf pflichtmäßige Ausübung der Verfügungsmacht durch den Treuhänder erreicht wird, die praktisch einer dinglichen Sicherung gleichkommt.

§§ 35—40 sind analog anzuwenden.

Ergebnis: Die Rechtsausgestaltung der treuhänderischen Verwahrung zieht aus der analogen Anwendung der Vorschriften des Depotgesetzes große Vorteile in zweierlei Richtung: treuhänderische Verwahrung kann jederzeit durch Verlautbarung im Verwahrungsbuch entstehen, 2. die Sicherungen des pactums fiduciae werden für den Treugeber durch entsprechende Strafdrohung verstärkt.

Dieses Ergebnis zeigt, daß die Vorschriften, soweit sie überhaupt auf den Treugiroverkehr passen, für alle Treugiroarten gleichmäßig angewandt werden können. Der Treugiroverkehr ist in seiner rechtlichen Struktur für alle Girogegenstände völlig gleich. Er ist eine Schablone, die man für alle Zwecke gebrauchen kann, hierin liegt gerade seine Stärke. Es ist deshalb aber m. E. nicht richtig, wenn in der amtlichen Begründung zu § 42 ausgeführt wird: „Andererseits erscheint es aber nicht als zweckmäßig, diese Anwendung im Entwurf selbst zwingend vorzuschreiben, da die einzelnen Fälle so verschiedenartig sind, daß sie allgemeiner Regelung nicht zugänglich gemacht werden können." Dem Gesetz-

geber schwebt also offenbar vor, die analoge Anwendbarkeit von Vorschriften z. B. für den Schuldbuchverkehr anders zu regeln als für den Kuxengiroverkehr. Das ist aber nach dem oben Gesagten nicht nötig.

§ 9. Die Entwicklungsmöglichkeiten des Treuhandgiroverkehrs

Die vorliegende Arbeit zeigt die Anfangserscheinungen einer Einrichtung, die für das Depotrecht und den gesamten Börsenhandel in Effekten von weittragendster Bedeutung zu werden verspricht. Schon bei Einrichtung des erweiterten Giroeffektendepots ist von bankseite die treuhänderische Grundlage erwogen worden. Jedoch erschien die Treuhand damals für das Bankgewerbe noch nicht genügend geklärt und sicher, um sie als Grundlage für eine so wichtige und umfangreiche Einrichtung wie den Effektengiroverkehr nehmen zu können. Deshalb zog man damals noch das Sammeldepot vor. Das Sammeldepot versagte aber das erste Mal bei der Einrichtung des Jungscheingiroverkehrs. Es wäre mit den heutigen Erkenntnissen ein leichtes gewesen, die Lücke mit der Treuhand auszufüllen. Damals erkannte man die Möglichkeiten der Treuhand noch nicht und baute den Jungscheingiroverkehr auf rein obligatorischen Ansprüchen auf, die das Schutzproblem selbstredend nicht genügend lösen konnten. Das zweite Mal versagte das Sammeldepot beim Kuxengiroverkehr. Man war jedoch noch so in den Sammeldepotgedankengängen befangen, daß man das Versagen gar nicht erkannte und die Kuxe ruhig in das Sammeldepot hineinlegte, wo sie gar nicht hingehören. Auch hier kann allein die Treuhand helfen. Erst beim dritten Versagen des Sammeldepots beim Schuldbuchgiroverkehr hatte man sich offen durch Aufnahme des Wortes „Treuhänder" in die „Bestimmungen" zur Treuhand bekannt, ohne jedoch auch jetzt eine nähere Ausgestaltung des treuhänderischen Verhältnisses vorzunehmen. Dies ist zum ersten Mal durch die Bestimmungen für Anderkonten geschehen. Die Diskussion über diese Art von Treuhandkonten hat die Sache der Treuhand für ihre bankgewerbliche Verwendung sehr vorwärts-

gebracht, sie hat vor allem die Unmittelbarkeitslehre des RG, die sich allmählich zu einem Hemmschuh des gesamten Treuhandrechts ausgewirkt hatte, durch die Offenkundigkeitslehre ergänzt. Die damals gewonnenen Erkenntnisse verwerteten dann weiter den Entwurf für die neuen Kuxengiroverkehrsbestimmungen, die schon Einzelregelungen des Treuverhältnisses bringen. Ein weiterer Ausbau wäre der in dieser Arbeit vorgeschlagene Jungscheingiroverkehr auf Treuhandgrundlage, dessen Gegenstand unverbriefte Aktien sind. Diese ganze Entwicklung wird gekrönt durch das neue Depotgesetz und die darin durch § 42 vorgesehene Anwendbarkeit seiner Vorschriften für das treuhänderische Verwahrungsverhältnis. Dadurch sind die letzten Zweifel an der Verlautbarungslehre, die zu bestätigen die Gerichte bisher noch keine Gelegenheit hatten, ausgeräumt und der Treugeberschutz durch die Strafdrohung pflichtwidriger Verfügungen des Treuhänders vervollkommnet.

Das, was von der Rechtsgrundlage eines Giroverkehrs verlangt wird[99]), Einfachheit und Sicherheit, ist bei der heutigen Treuhand in eindrucksvoller Weise erreicht: Die treuhänderische Verwahrung ist immer eine fiduziarische Verwahrung.

Begründungsproblem:

1. Die regelmäßige Begründung ist die unmittelbare Übertragung des Treuguts vom Treugeber auf den Treuhänder,

2. jeder andere Erwerb des Treuguts durch den Treuhänder ist zulässig, wenn das Treuverhältnis offenkundig gemacht wird.

Als fiduziarischer Treuhänder ist der Treuhänder Eigentümer der Sache oder Gläubiger der Forderung. Gegen diese Rechtsstellung des Treuhänders ist der Treugeber geschützt:

1. quasidinglich gegen Zugriffe der Gläubiger des Treuhänders,

2. obligatorisch gegen Verletzungen der Treupflicht durch den Treuhänder, verstärkt durch die Strafdrohung gegen solche Verletzungen.

In diesem Stadium kann die Treuhand nachgerade als eine vollkommene Rechtsgrundlage für den stückelosen Effektengiro-

99. Vgl. oben Seite 14.

verkehr bezeichnet werden. Sie ist bereits heute dem Sammeldepot überlegen.

Die Rechtskonstruktion der Miteigentumsgemeinschaft ist komplizierter als die der Treuhand, ebenso die Abtretung der Treuhandforderungen im Giroweg als die Übertragung der Miteigentumsanteile im Giroweg. Wenn es auch heißt, beim Sammeldepot blieben die Sammeldepotinhaber immer noch Eigentümer, so hat doch nach außen die Girobank die Stellung eines Eigentümers und kann verfügen, verfügt sie abredewidrig, so macht sie sich zwar strafbar, aber die Verfügung ist dinglich wirksam. Der Schutz beim Sammeldepot ist also nicht größer als bei der Treuhand. Demgegenüber ist die Treuhand dem Sammeldepot durch ihre große Anpassungsfähigkeit überlegen. Das Sammeldepot hängt an der Sache, an der Urkunde, ohne sie kein Miteigentum. Der Treuhandgiroverkehr ist hierauf nicht angewiesen. Durch ihn können sämtliche vertretbare Sachen und sämtliche vertretbare Rechte jeder erdenklichen Art nach demselben Schema, nämlich als Treuhandforderungen im Giroweg bewegt werden. Das Sammeldepot versagt oft, die Treuhandsammelverwahrung nie! Ohne die Treuhand kann man deshalb nicht auskommen beim Effektengiroverkehr, dagegen ohne Sammeldepot sehr wohl. Warum also beide Giroarten nebeneinander bestehen lassen und nicht die Giroart, die auf alle Fälle anzuwenden ist, als alleinige bestehen lassen?

Damit ist nicht mehr und nicht weniger gesagt, als daß das Sammeldepot überholt ist. Eine solche Feststellung scheint sehr fehl am Platze in einem Augenblick, wo das Sammeldepot nach langem Kampf um seine Anerkennung endlich seine gesetzliche Sanktion erhalten hat. Aber doch ist es so. Gerade beim Giroverkehr und bei der Treuhand kann man beobachten, wie die Praxis, die Wirtschaft, die diese Einrichtungen braucht, sie vorwärts treibt und ausbaut und die Gesetzgebung mit ihrer Regelung hinterherhinkt. Hier hat der Gesetzgeber eine Einrichtung sanktioniert, die schon seit vielen Jahren in der Praxis in größtem Umfang angewandt wird und glatt arbeitet. Im Augenblick der Sanktion ist es aber bereits zu spät: die Praxis hat bereits eine bessere Einrichtung erfunden. Es liegt eine gewisse Tragik darin, daß der Gesetzgeber in dasselbe Gesetzeswerk,

durch das er das Sammeldepot geschaffen hat, durch einen Schlußparagraphen, gewissermaßen durch die Hintertür die Treuhand hereinläßt, die dazu geeignet und bestimmt ist, eines Tages seine Sammeldepotschöpfung aus dem Felde zu schlagen.

Im Augenblick stehen beide Einrichtungen miteinander in Konkurrenz, wobei dem Sammeldepot die Vorrechte und Vorzüge der längeren Tradition und Erfahrung zugute kommen. Es wird aber der Augenblick kommen, wo man nicht mehr die Wahl zwischen beiden hat, wo man mit dem Sammeldepot nicht mehr weiter kommt. Dieser Augenblick wird dann gekommen sein, wenn alle Aktien zu 100 % im Sammeldepot der Effektengirobank liegen. Und daß die Tendenz auf diesen Zustand hindeutet, kann nicht zweifelhaft sein[100]). Wer hat heute noch seine Aktien im Schreibtisch oder im Tresor seiner Bank? Und wenn es geschieht, so aus Gründen der Steuer- und Devisenschiebung. Und wozu die umständliche Streifbandverwahrung? Der Effektenverkehr wird durch solche Verwahrungen nur erschwert. Wie beim Geldverkehr der Ruf nach bargeldloser Zahlung ertönt, so hier nach stückeloser Lieferung. Die Verkörperung des Aktienrechts in Wertpapierform ist überlebt. Die Börsengeschäftsbedingungen sollten die Bestimmung aufnehmen, daß als ordnungsmäßige Erfüllung eines Geschäfts nur die Lieferung in Effektenscheck zu betrachten ist und die Lieferung von baren Stücken als Nichterfüllung zurückweisbar ist[101]). Durch eine solche Bestimmung würden sämtliche Wertpapiere zwangsweise in das Sammeldepot hineingeführt. Der Wertpapierhandel würde ausschließlich durch Umbuchung erfolgen. Die Wertpapiere würden ewig unbeweglich im Tresor der Girobank liegen. In diesem Stadium wird nun aber auch allen die Sinnlosigkeit der Existenz der Urkunde aufgehen. Der notwendige und folgerichtige weitere Schritt wird dann die Änderung der §§ 178 ff. HGB, die die Ausgabe von Aktienurkunden vorsehen, sein. Damit ist aber dem Sammeldepot der Todesstoß versetzt.

---

100. Lemaitre, a. a. O. S. 59; Ascher, a. a. O. S. 57; Schönwandt, Zahlungsverkehr und Bankbetrieb, 10. Jahrgang, 1928, Nr. 3, S. 71.

101. Vgl. Rundschreiben der Vereinigung der Berliner Banken und Bankiers, Zahlungsverkehr, 11. Jahrgang, Nr. 7, S. 230.

Die Aktiengesellschaften werden dann bei Gründung und Kapitalerhöhung ihre Aktienrechte formlos auf das Emissionshaus übertragen und dieses wird seine Aktienrechte formlos an die Girobank abtreten, und dann wird der Verkehr, wie er für den Jungscheingiroverkehr vorgesehen ist, als Dauerzustand beibehalten werden. Niemand wird mehr ein Wertpapier in die Hand bekommen und niemand wird es vermissen[102]). Die Treuhand hat dann nicht nur das Sammeldepot ersetzt, sondern auch alle anderen Verwahrungsarten, von der regelmäßigen Sonderverwahrung bis zur unregelmäßigen Aberverwahrung. Die Treuhand — heute nur in einer Schlußbestimmung erwähnt — wäre der alleinige Inhalt des Depotgesetzes!

Die Vereinfachungen und Ersparungen, die diese Rationalisierungsmaßnahme mit sich bringen wird, sind ungeheuer. Daß die Erreichung dieses Ziels aus dem Bereich der Utopie in den Bereich konkretester und nahester Realität[103]) gerückt ist, das ist die Bedeutung des treuhänderischen Schuldbuch- und Kuxen- und besonders des treuhänderischen Jungscheingiroverkehrs.

---

102. Außer den Steuerhinterziehern.

103. Das faschistische Italien beschäftigt sich schon mit Gesetzentwürfen in dieser Richtung.

Literatur-Verzeichnis

Aengenheister: „Das Treuhandkonto", Heft 27 der Bonner rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, 1933.

— Die Anderkonten der Rechtsanwälte und Notare, JW, 1934, Heft 51/52 S. 3245 ff.

Ascher: Die Rechtsgrundlage des stückelosen Effektenverkehrs, Berlin 1927.

— Die rechtliche Natur des Schuldbuchgiroverkehrs. BankArch. XXVIII, No. 10, S. 182 ff.

Beyerle, Franz: Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932.

Ertel: Treuhandbuch. Berlin 1927.

— Treuhandeigentum, Zeitschrift für das Treuhandwesen, 1929, S. 99.

Fischbach: Treuhänder und Treuhandgeschäfte, 1912.

Fischer-Henle-Titze: Komm. zum BGB., 14. Aufl. München 1932.

Friedmann, Alfred: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung der Treuhand? Gutachten zum 36. deutschen Juristentag, Lübeck 1930, Bd. I, S. 805 ff.

Guthmann: Das Anderkonto des Wirtschaftsprüfers in „Der Wirtschaftsprüfer", 1933, S. 434.

Grunsfeld: Die Behandlung des Anderkontos in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, BankArch. XXIII, 1934, S. 455.

— Dasselbe. BankArch. XXIV, 1934, S. 60.

Jaeger: Komm., KO., 7. Aufl., 1931.

Karger, von: Das Anderkonto, DJZ, 1934, S. 117.

Kromrey: Die Übertragung, Belastung und Pfändung von Kuxen nach Preußischem Bergrecht, Berlin, 1906.

Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischen Recht? ArchZivPr. 103/139.

Lemaitre: Der Effektenlieferungsverkehr und das Effektengirodepot, Stuttgart 1926.

Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, BankArch. 31, S. 157.

Mez, Arthur: Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs. Kohlers Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 30, S. 47.

Moll: Die Preußische Hauptverwaltung der Staatsschulden, Berlin 1920.

Norden: Anleihen, Anleiheablösung, Bitters Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, 3. Aufl., 1. Bd., S. 53 ff.

Oertmann: Die Fiduzia im römischen Privatrecht, 1890.

Opitz, Georg: Anderkonten, Handwörterbuch des Bankwesens, Berlin, 1933.
— Anderkonten, BankArch. XXXI, S. 35, 1931.
— Anderkontenrecht, BankArch. XXXIII, S. 81, 1932.
— Aus der Praxis der Eigenkonten und Anderkonten, BankArch. XXXIII, S. 518, 1934.
— Das Stückekonto, 1932.
— Frankfurter Rede, BankArch. XXIV, S. 242.
— Komm. zum Depotgesetz vom 4. Februar 1937.
— Neugestaltung des Depotrechts, JW. 1937, Heft 9, S. 513.
— Die Depotrechtserneuerung, Zahlungsverkehr und Bankbetrieb, Heft 3, 1937, S. 53 ff.
Opitz, Heinz: Die Rechtsgrundlagen des Anderkontos, Diss. 1936.
Riezler: Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, ArchZivPr. 98/372.
Schoele, O.: Die Organisation des bargeldlosen Zahlungsverkehrs in Deutschland. Leipzig 1934.
Schoele, jun. O.: Das Recht der Überweisung, Berlin 1937.
Schoenwandt: Reform des Reichsschuldbuchs, Zahlungsverkehr und Bankbetrieb, 1928, Nr. 2, S. 39, und Nr. 3, S. 67 ff.
Schless: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand. Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 66, Leipzig, 1931.
Schöny: Treuhandgeschäfte, Diss. 1908, ArchBürgerlRecht. 35/291.
Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, IherJB. 43, S. 1 ff., 1901.
Schultzenstein: Das Reichsschuldbuch, Berlin 1927.
— Anleiherecht, Berlin, 1929.
Siebert: Das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933.
— Die treuhänderischen Rechtsgrundlagen beim Anderkonto, BankArch. XXXI S. 386.
Tewaag: Das Naderkonto, Diss. 1935.
Voss, Hans: Der Giroverkehr und seine Wirkungen, Berlin.
Westhoff: Preußisches Gewerkschaftsrecht, Bonn 1901.